

LA MEDIACIÓN EN CHINA

Aportaciones de Occidente

XINWEI LI



Editorial Dykinson

LA MEDIACIÓN EN CHINA

LA MEDIACIÓN EN CHINA
APORTACIONES DE OCCIDENTE

XINWEI LI
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-7808-1168

DYKINSON
2017

© 2017 Xinwei Li

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9148-317-5

D.L.: M-22490-2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	12
INTRODUCCIÓN	13
I. MEDIACIÓN EN LA ANTIGUA CHINA	
1. Origen y desarrollo de la mediación en la antigua China	15
1. Fase de inicio	16
2. Fase de desarrollo	17
3. Fase de madurez	18
4. Fase de la República de China	21
2. Tipos de la mediación tradicional china	22
1. Mediación no conectada al tribunal	23
2. Mediación conectada al tribunal	23
3. Características de la mediación tradicional china	24
4. Motivos del desarrollo de la mediación en la antigua China	25
1. Motivos económicos	25
2. Motivos culturales	27
1. La cultura tradicional china según Liang	29
2. La cultura china según el Modelo 6D de Hofstede	33
3. La cultura china y la mediación	43
3. Motivos políticos	50
1. Suprimir la litigación en dos sentidos	51
2. Fortalecer la mediación	54
II. ANTECEDENTES AL SISTEMA DE MEDIACIÓN POPULAR	
1. Introducción	56
2. Etapa de las Guerras Civiles Revolucionarias	57
1. Primera Guerra Civil Revolucionaria	57
2. Segunda Guerra Civil Revolucionaria	60

3. Etapa de la Segunda Guerra Chino-Japonesa	62
4. Etapa de la fundación de la R. P. China	64
5. Etapa de la Reforma y Apertura	66
III. MEDIACIÓN POPULAR EN LA CHINA CONTEMPORÁNEA	
1. Introducción	76
2. La promulgación de la <i>Ley de Mediación Popular de la República Popular China</i>	77
1. Expectativas de la sociedad china	77
2. Selección del proyecto	79
3. Problemas en la elaboración de los <i>Borradores</i>	81
1. Diferencias entre los departamentos encargados y grupos de interés	81
2. Diferencias sobre la posición de las organizaciones de mediación popular	82
3. Cuestiones sobre la gestión, la regulación y la orientación de la mediación popular	83
4. La normalización de los procedimientos y la transformación moderna de la mediación popular	84
4. Modificaciones importantes de la <i>Ley de 2010</i>	84
5. Intenciones de los legisladores	87
3. Elementos básicos de la mediación popular	88
1. Sujetos	88
2. Organización	89
3. Mediadores	90
4. Principios	91
1. Voluntariedad e igualdad	91
2. Legalidad	92
3. Respeto a los derechos de las partes	92
5. Procedimiento	93
1. Fase previa	93
2. Fase inicial	94
3. Fase de mediación	94
6. Acuerdo	96
4. Análisis del desarrollo de la mediación popular basado en datos empíricos	97
1. La litigiosidad en China	97

2. Litigiosidad vs Mediación	102
3. La decadencia de la mediación popular	104
1. Efecto de desviación de los procesos judiciales en la resolución de disputas	105
2. La transformación de la estructura social	105
3. Deficiencias propias de la mediación popular	108
4. El renacimiento de la mediación popular	109
1. ¿Por qué debe el gobierno promover la mediación popular? ...	110
2. Reforma y perfección del sistema bajo la promoción oficial ...	111
3. Logros de estos esfuerzos oficiales	112
5. Cuestiones a solucionar	113
 IV. MEDIACIÓN EN EL MUNDO OCCIDENTAL	117
1. Teorías del conflicto	118
1. La naturaleza del conflicto	118
1. Dimensiones del conflicto	119
2. Causas del conflicto	120
2. Enfoques de abordaje del conflicto	123
2. Los métodos adecuados de resolución de conflictos	125
1. Origen de los ADRs	126
1. Crisis de Justicia	127
2. Conferencia Pound	129
2. Relación con el sistema de Justicia	135
3. Los métodos adecuados de resolución de conflictos	137
1. Autotutela, autocomposición y heterocomposición	140
2. Resolución basada en Poder, Derecho e Intereses	140
3. Espectro de métodos adecuados de resolución de conflictos ...	144
3. Mediación: estilos pluralistas	149
1. Mecanismos variados de clasificación	149
2. Modelo Harvard de Mediación	152
1. Separar a las personas del problema	155
2. Centrarse en los intereses, no en las posiciones	157
3. Inventar opciones en beneficio mutuo	158
4. Insistir en utilizar criterios objetivos	158
5. Elementos clave	159
3. Modelo Transformativo de Mediación	161
4. Modelo Narrativo de Mediación	168

1. Bases filosóficas y teóricas del modelo narrativo de mediación: construccionismo social	168
2. Entendiendo el conflicto desde la perspectiva narrativa	171
3. La resolución del conflicto en el modelo narrativo de mediación	175
4. Problemas éticos del mediador que sigue este modelo narrativo de mediación	179
5. La busca de un modelo ideal	181
CONCLUSIONES:	
MEDIACIÓN EN CHINA VS MEDIACIÓN EN OCCIDENTE	
1. Diferencias entre la mediación en Occidente y la mediación en China . .	187
2. Ventajas y desventajas de los dos sistemas de mediación	188
3. Aportaciones de la mediación en Occidente a la mediación en China . .	189
1. “Poner en libertad al panda en su hábitat natural”	190
2. Mediación popular como una entrada a la Justicia	191
3. Mejorar la protección jurídica	192
4. Renovar la cabeza	192
BIBLIOGRAFÍA	193
NORMAS Y DOCUMENTOS INSTITUCIONALES	203

*A mi profesora Helena Soletto, porque sin ella,
no habría conocido este ámbito fascinante y conseguido finalizar este trabajo*

*A mis padres, porque no importa lo lejos que estén,
su amor nunca me ha abandonado*

ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association
ADRs	Alternative or Adequate Dispute Resolutions
Art.	Artículo
BATNA	Best Alternative to a Negotiated Agreement
Cap.	Capítulo
Cit.	Citado
EE.UU.	Estados Unidos
<i>Ibid.</i>	Ibídem
IDV	Individualism versus Collectivism
IND	Indulgence versus Restraint
LTO	Long Term Orientation versus Short Term Orientation
MAS	Masculinity versus Femininity
Nº	Número
p.	Página
PDI	Power Distance Index
pp.	Páginas
PRA	Normative versus Pragmatic
R. P. China	República Popular China
UAI	Uncertainty Avoidance Index
UE	Unión Europea
Vid.	Véase
vs	versus
WJP	World Justice Project
WVS	World Values Survey

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, los conflictos sociales están siendo cada día más complicados e intensos en China. Los motivos son varios, pero sobre todo se justifican en que la sociedad china se sitúa en una etapa de transformación. En segundo lugar, se debe, en gran medida, a los fracasos del sistema tradicional de la Administración de Justicia, entre los cuales destacan la ineficiencia, la tardanza y la insatisfacción de los ciudadanos.

Todo ello me lleva a desarrollar una investigación sobre los métodos alternativos o adecuados de resolución de conflictos (en inglés, *Alternative or Adequate¹ Dispute Resolutions*, ADRs), que tienen objetivos de “aportar calidad al sistema de Justicia (ayudando a la celeridad y descongestión de los sistemas); mejorar el acceso a la Justicia de la población; favorecer la cultura de paz y la no violencia”², entre los que situamos a la mediación, instrumento que cada día está ganando terreno.

Siendo un medio con mayor flexibilidad y agilidad que el proceso, considero que la mediación puede tratar mejor la complejidad de los conflictos en la actual China, y también tengo muchas expectativas respecto a su función social³.

De hecho, históricamente, China no fue un país litigante, sino todo lo contrario. La mediación apareció temprano y sirvió como principal instrumento de resolución de conflictos en la antigua China, dado que coincidía con los valores tradicionales de la cultura china.

Al entrar en la sociedad moderna, durante los años noventa del siglo pasado, el gobierno chino promovió con mayor esfuerzo el uso de los procesos judiciales para construir un Estado de Derecho, y en aquel entonces la media-

1 Vid. más en: H. SOLETO MUÑOZ, *El abogado colaborativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.

2 Vid. más en: H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, CEJA, 2017.

3 Como pone de manifiesto García Villaluenga, la mediación, más que un conjunto de técnicas, es una forma de entender las relaciones humanas; trae por tanto aparejada una cultura de paz de la que también se ha de impregnar la sociedad. Vid. en: L. GARCÍA VILLALUENGA, “La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?”, en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (Dirs.) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I: Mediación, Reus, Madrid, 2010. p. 83.

ción perdió su protagonismo, pero siempre se mantuvo este mecanismo de resolución de conflictos.

Más tarde, en 2002, el gobierno chino dirigió de nuevo la mirada hacia la mediación. En el mundo académico chino, siempre existen voces a favor de renacer los valores tradicionales de la cultura china, y, desde mi punto de vista, la mediación debe ser uno de ellos y en este sentido me atrevería a esperar un “renacimiento” de la mediación en China.

En resumen, China dispone del terreno favorable, en particular la cultura, para el desarrollo de la mediación; en actualidad, tenemos abundantes experiencias prácticas en este campo, sin embargo, nos falta la dirección de teorías sistemáticas, especializadas y modernas.

Al este respecto, las culturas occidentales cuentan con investigaciones bastante desarrolladas en este campo. En este libro, acudiré habitualmente una metodología comparativa, con el fin de estudiar las teorías y prácticas de Occidente, sin dejar de lado al mismo tiempo al modelo chino de mediación, que tiene tantas peculiaridades en comparación con los modelos de mediación existentes en Occidente, como modelo de Harvard, modelo transformativo, modelo narrativo, etc., lo que me llevará a proponer una nueva perspectiva a los estudios de desarrollo y mejora de la mediación.

Por último, quisiera explicar de manera muy resumida el esquema de este libro titulado *La mediación en China⁴: aportaciones de Occidente*, que cuenta con cinco partes principales:

- Mediación en la antigua China (Cap. I);
- Antecedentes al sistema de mediación popular (Cap. II);
- Mediación popular en la China contemporánea (Cap. III);
- Mediación en el mundo occidental (Cap. IV);
- Mediación en China vs mediación en Occidente (Conclusiones).

Y los objetivos a alcanzar son los siguientes: desarrollar una investigación sobre la mediación en Occidente y en China; dar a conocer este medio de resolución de conflictos para quien lea este trabajo, que traduciré al chino también; ofrecer apoyos teóricos y propuestas de mejora para su desarrollo en China, encontrando así una salida a los problemas actuales; y realizar un trabajo comparativo proponiendo una nueva perspectiva de investigación para los estudios de desarrollo de la mediación.

4 En este libro, la mediación en China se refiere a la mediación llevada a cabo en la China continental.

CAPÍTULO I

MEDIACIÓN EN LA ANTIGUA CHINA

La mediación, siendo una herramienta que trata de dar resoluciones a diversos conflictos y con el fin de promover una cultura de paz, involucra inevitablemente el tema de la diversidad cultural que hace mucho más difícil la gestión de los conflictos, pero al mismo tiempo constituye justamente un sentido relevante de la mediación.

Durante la larga historia china, la mediación siempre ha sido un método indispensable de resolución de conflictos. Como ha apuntado Cohen, “uno de los aspectos más llamativos del sistema legal de la R. P. China es la importancia inusual de la mediación en la resolución de disputas”¹.

En este primer capítulo, intento ofrecer un panorama breve de la mediación en la antigua China presentando su origen, desarrollo, clasificación y rasgos. Además, he dedicado más tiempo a investigar por qué la mediación, en comparación con los países de cultura occidental, ha ocupado un lugar más prevaeciente que la litigación u otros métodos adecuados de resolución de conflictos en el sistema de gestión de conflictos de la antigua China, principalmente desde una perspectiva cultural.

1. Origen y desarrollo de la mediación en la antigua China

La historia de la mediación en China se puede remontar a miles de años. Xu divide este largo período en tres fases: fase de inicio, fase de desarrollo y fase de madurez.² A continuación, intento elaborar un resumen sobre el desarrollo de este medio según el orden de dinastías basándose en las tres fases clasificadas por Xu.

Cabe mencionar que existen bastante polémicas sobre los años concretos del inicio o del fin de algunas dinastías, por lo tanto en este libro simplemente adopto la versión popular porque mi objetivo es que los lectores puedan tener

1 J. COHEN, “Chinese Mediation on the Eve of Modernization”, *California Law Review*, vol. 54, 3, 1966.

2 徐盛萍, 人民调解制度研究, 北京师范大学出版社, 北京, 2016. 第27-30页. (XU SHENGPING, Estudio sobre el sistema de mediación popular, Editorial de la Universidad Normal de Beijing, Beijing, 2016. pp. 27-30.)

un concepto básico acerca de los tiempos. Además, durante ciertos períodos varias dinastías coexistían en las tierras chinas.

1.1. Fase de inicio

Esta fase de inicio comenzó en la era de los Cinco Emperadores³ (aproximadamente 3076 a.C. - 2029 a.C.) y terminó en la era de las Primaveras y Otoños y de los Reinos Combatientes (770 a.C. - 221 a.C.).

Los primeros registros escritos sobre la mediación se encuentran en las *Memorias Históricas* de Sima que cuentan una leyenda de uno de los Cinco Emperadores, Shun: en aquel entonces, los agricultores de las zonas de la montaña Li a menudo discutían sobre los campos y los pescadores de las zonas del lago Lei sufrían disputas. Shun fue a estos lugares a vivir con ellos, hablar con ellos y educarlos. Después de un año, la situación fue completamente diferente, ya que los residentes de esas zonas ya eran amistosos y tolerantes el uno con otro. Yao, teniendo la Corona en el momento, apreció mucho los logros de Shun y finalmente abdicó el trono a él⁴.

Durante la dinastía de Zhou Occidental (1046 a.C. - 771 a.C.), se estableció un puesto oficial que se denominaba Diaoren, siendo responsable, de manera especializada, de los asuntos de mediación. De acuerdo con los registros de los agentes de Zhou, *Diaoren se encargaba de administrar las dificultades de la gente y hacerlas armoniosas*.⁵

Durante la era de las Primaveras y Otoños (770 a.C. - 476 a.C.), Confucio era pionero en promover el acuerdo, abogando por la mediación como método de resolución de los conflictos dentro de la familia. Cuando Confucio era Gran Sikou⁶ del Estado de Lu, era experto en persuadir a los litigantes para que se cedieran mutuamente. Una vez, un padre demandó a su hijo. Confucio les encerró juntos calmando a las partes en disputa para que pudieran reflexionar sobre el asunto. Después de tres meses, el padre solicitó la retirada del caso. Los dos se comprometieron a no litigar nunca, abrazados y llorando.

3 Se refiere a un período histórico de la sociedad primitiva de China y los Cinco Emperadores no eran emperadores reales sino jefes tribales.

4 司马迁, “五帝本纪”, 史记, 中华书局, 1982. (SIMA QIAN, “Benji (Biografías) de los Cinco Emperadores”, en *Memorias Históricas*, Zhonghua Book Company, 1982.)

5 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, 上海人民出版社, 上海, 2011, p. 11. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, Editorial Popular de Shanghai, Shanghai, 2011, p. 11.)

6 Funcionario que ejerce funciones judiciales como la práctica de leyes y decretos.

Confucio también reflexionó sobre su propia conducta porque no había educado bien a la gente que causó este litigio.⁷

1.2. Fase de desarrollo

Esta fase comenzó en la dinastía Qin (221 a.C. - 206 a.C.) cuando Qin Shi Huang, primer emperador de China, logró la gran unificación y estableció el primer Estado unido con poder centralizado, y terminó antes de la dinastía Song (960 - 1279).

Durante las dinastías de Qin y Han (202 a.C. - 220 d.C.), los funcionarios de la Administración de Justicia respetaban el principio de *reprimir los litigios por medio de la mediación*. Según la tabla de rangos de nobles y funcionarios gubernamentales registrada en el *Libro de Han*, en aquel entonces, *cada aldea disponía de tres ancianos: Yi, Qiangfu, Youjiao ... La función de Qiangfu consistía en mediar las disputas civiles*.⁸

En la dinastía Han, con la penetración gradual de los pensamientos confucianos en el ámbito judicial, en otras palabras, el desarrollo gradual del proceso de la confucionalización del Derecho, la función que tenía la mediación en la resolución de las disputas civiles obtuvo cada vez mayor atención y la mediación intrajudicial se estaba convirtiendo en el núcleo de los procesos civiles.⁹

En los procedimientos de mediación de aquel entonces, los mediadores estaban acostumbrados a acudir a la fuente moral. Tomando como ejemplo la historia de un pequeño funcionario aldeano llamado Qiu Lan: un hombre llamado Chen Yuan convivía con su madre y la madre le demandó por falta de la devoción filial. Qiu se puso muy triste pensando que el problema principal se debía a la falta de educación a las dos partes. Le dijo a la madre que entendía que no fue nada fácil criar al hijo para ser un adulto siendo una viuda y le preguntó el por qué de demandar de forma tan furiosa al hijo por un delito tan grave. La madre se marchó conmovida y llorando. Más tarde, Qiu visitó a

7 陈士珂, 孔子家语疏证, 上海书店, 1987. (CHEN SHIKE, *Anotación de refranes de escuela confuciana*, Librería Shanghai, 1987.)

8 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 28. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 28.)

9 潘度文, “我国民事诉讼调解制度的历史发展及其社会基础”, 中国青年政治学院学报, vol. 22, 1, 2003. (PAN DUWEN, “Fundamentos sociales y desarrollos históricos de nuestro sistema de mediación en los procesos civiles”, *Journal of China Youth University of Political Studies*, vol. 22, 1, 2003.)

su casa y bebió con los dos, educándoles en la ética familiar. El hijo se sintió muy arrepentido y luego se convirtió en un hijo respetuoso y obediente¹⁰.

La dinastía Tang (618 - 907) seguía el sistema de Qin y Han que dentro de un pueblo las disputas civiles se resolvían primero por una mediación de Fangzheng, Cunzheng o Lizheng, y sólo en el caso de que las partes no pudieran llegar a un acuerdo recurrirían a los procesos judiciales.¹¹ Además, la mediación se convirtió en una práctica común tanto para los funcionarios del gobierno como para el pueblo: frente a las disputas civiles, los funcionarios valoraban más la mediación como método alternativo de resolución de controversias; y las personas en disputa acudían con más frecuencia a la mediación en lugar de al proceso judicial.¹²

1.3. Fase de madurez

Desde la dinastía Song, el sistema antiguo de mediación entró en la fase de madurez. Frente a las disputas civiles, los funcionarios de Song solían realizar primero una mediación con el fin de calmar el litigio. En muchos casos, el gobierno exigía una mediación obligatoria dirigida por personas como familiares, vecinos, miembros del mismo clan, etc.¹³

Durante la dinastía Yuan (1206 - 1368), debido a la prevalencia de préstamos asegurados con tierras y viviendas, se produjeron un alto número de transferencias de bienes, lo que condujo a un aumento sustancial de las disputas sobre inmuebles. Teniendo como objetivo reducir la presión de los órganos locales de Justicia, solucionar las disputas, fortalecer la armonía entre familiares y vecinos, y promover la estabilidad de la sociedad y la dominación del país, el gobierno abogaba por la mediación como método de resolución de conflictos. Dado que se consideraba un rendimiento para los funcionarios de la Administración de Justicia solucionar el litigio a través de la mediación, ellos tomaban muy en serio este instrumento en la práctica judicial y lo promovían con esfuerzo.¹⁴

10 范曄, “仇覽傳”, 后汉书, vol. 76, 中华书局, 1982. (FAN YE, “Biografía de Qiu Lan”, en *Libro de Han Posterior*, vol. 76, Zhonghua Book Company, 1982.)

11 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 11. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 11.)

12 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 28. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 28.)

13 *Ibid.* p. 29.

14 张晋藩 (ed.), 中国民事诉讼制度史, 巴蜀书社, 1999. (ZHANG JINFAN (ed.), *Historia del sistema china del procedimiento civil*, Editorial Bashu, 1999.)

El *Código de Yuan* adjudicó una parte especializada para la litigación y otorgó efectos jurídicos a la mediación intrajudicial.¹⁵ Además, se formó un sistema de Gaolan, referido a que los casos resueltos por mediación intrajudicial no permitían otro nuevo juicio, de tal manera otorgando al acuerdo de mediación el mismo efecto que un veredicto civil.¹⁶

En cuanto al ámbito extrajudicial, la ley establecía de manera clara que los Shezhang (jefes de organizaciones comunitarias) contaban con la función de hacer mediación, disponiendo que *los casos sobre matrimonio, propiedad, vivienda, tierra y deuda, siempre que no fueran delitos graves, serían mediados por el Shezhang de acuerdo con los principios establecidos para que no afectaran a la agricultura y no molestaran a las autoridades judiciales*.¹⁷

Durante las dinastías de Qing y Ming, el sistema de mediación llegó a ser casi completo.¹⁸ En la dinastía Ming (1368 - 1644), se establecieron Shen Ming Ting en las aldeas, organizaciones encargadas de la propaganda y educación de ritos y ética donde el Lizhang realizaba mediación en las disputas civiles.¹⁹ El acuerdo alcanzado por mediación era vinculante jurídicamente para las partes, quienes no podían presentar una demanda sobre los mismos asuntos y causas.²⁰

A mediados de Ming, con la derogación del sistema de Shen Ming Ting y Lizhang, se aplicaba el sistema de Xiangyue en todos los lugares. Las Xiangyue eran organizaciones de autonomía fundadas por los aldeanos con funciones de mantener el interés común y los derechos y obligaciones de los miembros, y mediar las disputas de manera oportuna.²¹

15 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 13. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 13.)

16 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 29. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 29.)

17 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. pp. 11-12. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. pp. 11-12.)

18 张晋藩, 中国法律的传统与近代转型, 法律出版社, 北京, 1997. (ZHANG JINFAN, *Tradiciones y transformaciones modernas del Derecho chino*, Editorial Jurídico, Beijing, 1997.)

19 张晋藩 (ed.), 中国民事诉讼制度史, cit. (ZHANG JINFAN (ed.), *Historia del sistema china del Procedimiento Civil*, cit.)

20 邱星美, 调解的回顾与展望, 中国政法大学出版社, 北京, 2013. p. 118. (QIU XINGMEI, *Mirando hacia atrás y futuro de la mediación*, Editorial de Universidad China de Ciencias Políticas, Beijing, 2013. p. 118.)

21 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 29-30. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 29-30.)

En aquel entonces, la mediación era obligatoria siendo un procedimiento previo al enjuiciamiento civil, es decir, siempre intentaban resolver las disputas civiles a través de la mediación realizada por Shen Ming Ting o posteriormente por Xiangyue, y sólo en los casos que la mediación no fuera posible, los presentaban a las autoridades públicas. Una vez aceptados, las autoridades públicas todavía tenían que mediar.²²

En la dinastía Qing (1636 - 1912), la mediación era favorecida por los gobernantes supremos. Los *Seis Edictos Imperiales de Shunzhi* (1638 - 1661), los *Dieciséis Edictos Imperiales de Kangxi* (1654 - 1722) y los *Dieciséis Edictos Imperiales y sus interpretaciones de Yongzheng* involucraban en común el contenido de *mediar a los paisanos para calmar los litigios*.²³ Debido a la promoción de los gobernantes supremos, el sistema de mediación logró las bases de legitimidad con mayor autoridad, siendo cada vez más institucionalizado y universal.²⁴

En aquel momento, la mediación era aplicable a los casos civiles y los casos penales de leve importancia, y fuera de estos ámbitos, la ley no permitía su aplicación. La mediación se basaba en las leyes nacionales. Dado que las fuentes de leyes en el ámbito civil eran diversas, en los procesos de mediación se aplicaban de vez en cuando otras fuentes más adecuadas según cada caso e individuo tales como reglas de la familia o del pueblo, acuerdos, etc., salvo aquellas que contradecían a alguna ley nacional. En una palabra, la prevalencia de la mediación ya no afectó a la aplicación uniforme del Derecho.²⁵

En el ámbito extrajudicial, se establecieron en las aldeas organizaciones de Baojia encargadas de la mediación en las disputas civiles.²⁶ Aunque las leyes de Qing no disponían que la mediación consistiera en un procedimiento obligatorio en la litigación civil, en la práctica las disputas siempre se solucionaban mediante mediación dirigida por los personajes con influencia en la

22 邱星美, 调解的回顾与展望, cit. p. 118. (QIU XINGMEI, *Mirando hacia atrás y futuro de la mediación*, cit. p. 118.)

23 张晋藩, “中国古代国情背景下的司法制度 (三)”, 人民法院报, 2010. (ZHANG JINFAN, “Sistema jurídico bajo las condiciones de la antigua China (III)”, *Periódico del Tribunal Popular*, 2010.)

24 张晋藩 (ed.), 中国民事诉讼制度史, cit. (ZHANG JINFAN (ed.), *Historia del sistema china del Procedimiento Civil*, cit.)

25 张晋藩, “中国古代国情背景下的司法制度 (三)”, cit. (ZHANG JINFAN, “Sistema jurídico bajo las condiciones de la antigua China (III)”, cit.)

26 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 12. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 12.)

comunidad, los vecinos o los funcionarios, incluso después de la presentación del caso a las Yamen (oficinas gubernamentales).²⁷

1.4. Fase de la República de China

Además de estas tres fases indicadas por Xu, aquí añado otra fase importante: fase de la República de China (1912 - 1949).

Después de la Revolución de 1911 (conocida como la Revolución de Xinhai), dentro de un condado la República de China establecía distritos, aldeas y pueblos que disponían de comités de mediación según las disposiciones de la *Ley de Autonomía de la Región*. Los miembros del comité de mediación eran personas imparciales con prestigio y conocimientos jurídicos, elegidas por las personas de cada lugar donde se habitaban.²⁸

Además, en la segunda *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1935*, publicada por el gobierno de Kuomintang (Partido Nacionalista), el sistema de mediación intrajudicial aparecía por primera vez siendo una disposición independiente. Esta Ley establecía de manera clara que el sistema de mediación intrajudicial incluía:

- Asuntos mediables, divididos en dos categorías: asuntos de mediación obligatoria y voluntaria. La primera involucraba el divorcio, la cohabitación conyugal, la terminación de la relación de adopción, etc.; y la segunda involucraba otros casos solicitados por las partes y aprobados por los tribunales;
- Plazo de mediación: la mediación debía llevarse a cabo antes del juicio y las fechas concretas se determinaban por los tribunales;
- Organizaciones de mediación: eran formadas por los mediadores elegidos por cada parte y el juez;
- Procedimiento de mediación: se procedía en privado sin abrir una sesión judicial;
- Acuerdo de mediación: al terminar el plazo dispuesto, si la mediación funcionaba, el acuerdo logrado tendría el mismo efecto que un acuerdo de negociación; si no, se entraría en los procesos judiciales.²⁹

27 强世功, 调解、法制与现代性: 中国调解制度研究, 中国法制出版社, 2001. (QIANG SHIGONG, *Mediación, ordenamiento jurídico y modernidad: investigación sobre el sistema chino de mediación*, Editorial del Ordenamiento Jurídico Chino, 2001.)

28 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 12. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 12.)

29 潘度文, “我国民事诉讼调解制度的历史发展及其社会基础”, cit. (PAN DUWEN, “Fundamentos sociales y desarrollos históricos de nuestro sistema de mediación en los procesos civiles”, cit.)

2. Tipos de la mediación tradicional china

Abordando el tema de la clasificación de la mediación tradicional china, existen varias metodologías. En sentido más común, se clasifica según quién toma el rol del mediador: autoridades locales, personas autorizadas por autoridades locales e individuos.³⁰

Desde mi punto de vista, este mecanismo de clasificación tiene un defecto, y es que no se manifiesta claramente la dualidad administrativa y judicial de la mediación ejercida por las autoridades públicas: debido a que en la antigua China no estaban bien separados los órganos administrativos y judiciales, las oficinas gubernamentales disponían de las dos funciones a la vez. Como consecuencia, la mediación realizada por los funcionarios del gobierno tenía un doble carácter extrajudicial e intrajudicial.

Hong intenta invocar esta característica en su clasificación al dividir la mediación en dos categorías: la mediación extrajudicial y la mediación de las autoridades públicas por un lado; y la mediación intrajudicial por otro.³¹ Sin embargo, no me parece suficientemente explícita. Por lo tanto, aquí clasifico la mediación tradicional china directamente en: mediación no conectada al tribunal³² y mediación conectada al tribunal (*court-connected mediation*)³³.

30 Vid. en: 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 30-34 (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 30-34); 王德新, “中国司法调解制度的历史传承与文化底蕴”, 美中法律评论, vol. 7, 12, 2010. (WANG DEXIN, “Herencia histórica y cultural del sistema judicial de mediación en China”, *US-China Law Review*, vol. 7, 12, 2010.)

31 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. pp. 10-14. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. pp. 10-14.)

32 Como pone de manifiesto Soleto Muñoz, la mediación no conectada con el Tribunal se refiere a “la de las partes a su iniciativa y con servicios privados o no vinculados al Tribunal, que podrá tener sus efectos en el proceso de la misma forma que la mediación conectada con el Tribunal, a través de figuras como la suspensión del proceso, y su resultado relevancia procesal con la figura de la transacción y del acuerdo de mediación”. Vid. más en: H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

33 Como bien señala Soleto Muñoz, “este modelo de mediación ha sido llamada mediación vinculada a los tribunales, mediación judicial o mediación intrajudicial”, pero “el término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el tribunal o mediación intrajudicial, dado que el término de mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el juez el que lleva a cabo la labor de mediación, como sí ocurre en algunos países”. Vid. en: *Ibid.* Y “la mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proce-

2.1. Mediación no conectada al tribunal

La mediación extrajudicial generalmente tiene su efecto reconocido por los tribunales, salvo en los casos en los que dicha mediación sea ilícita, por ejemplo, por no obedecer el principio de igualdad, el tribunal no reconocerá su efecto.³⁴ En la antigua China, la mediación extrajudicial incluía la mediación civil y la mediación oficial (similar a la mediación administrativa).

La mediación civil, según Xu, involucraba principalmente cuatro tipos basándose en quién toma el rol del mediador:

- Mediación del clan, referido a que cuando sucediera una disputa entre los miembros de un clan, el jefe del clan realizaría una mediación según las reglas de la familia y del clan, siendo el tipo de mediación más básico y con mayor relevancia en la antigua China;

- Mediación del pueblo, en la que los jefes de organizaciones sociales mediarían las disputas ocurridas dentro del pueblo;

- Mediación de vecinos, familiares y amigos, en la que los vecinos respetados e imparciales, los familiares o amigos de las partes tomaban el rol del mediador;

- Mediación de Zhongren, en la que el mediador era el introductor que ha puesto en contacto a las partes o el asegurador de los negocios.³⁵

La mediación oficial en el ámbito extrajudicial se refería a la mediación realizada por los funcionarios del gobierno, que eran generalmente de dos categorías: funcionarios locales especialmente a cargo de la mediación como Diaoren de Zhou Occidental, Qiangfu de Han, Shezhang de Yuan, Lizhang de Ming y otros; y funcionarios de Justicia cuando ejercían sus funciones administrativas.

2.2. Mediación conectada al tribunal

Los procesos civiles tuvieron su origen en la dinastía de Zhou Occidental

so e incluso en fase de ejecución de sentencia.” Vid. en: H. SOLETO MUÑOZ, “La mediación conectada a los tribunales”, en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013. pp. 383-384.

34 王德新, “中国司法调解制度的历史传承与文化底蕴”, cit. (WANG DEXIN, “Herencia histórica y cultural del sistema judicial de mediación en China”, cit.)

35 Vid. más en: 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 30-33. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 30-33.)

de la antigua China, y la mediación intrajudicial surgió al mismo tiempo.³⁶ La mediación constituía una parte central del sistema antiguo chino del procedimiento civil.³⁷ En muchas dinastías, la mediación realmente consistía en un procedimiento previo a los procesos judiciales y los jueces la realizaban directamente en casos que hoy denominamos civiles y casos penales de leve importancia.

Además, durante los procesos judiciales el juez a veces autorizaba que los jefes de la familia o del clan hicieran mediación y luego informaran de los resultados. Esto ocurría cuando el juez consideraba que la situación era de leve importancia y no valía la pena un juicio o si el asunto involucraba la ética familiar y no era conveniente comunicarlo al público. Si tal mediación tenía éxito, solicitarían el cierre del caso; si no tenía éxito, el juez lo decidiría.³⁸

3. Características de la mediación tradicional china

El concepto de mediación en la antigua china difiere del actual, que no se refiere a un mecanismo de resolución de conflictos estructurado sino, en sentido más amplio, a “un procedimiento flexible y combinado de concesiones, arreglos y compromisos que compendiosamente llamamos mediación”³⁹. En principio, se entiende la mediación como el proceso de solución de conflictos en que interviene un tercero para que las partes en disputa lleguen a un acuerdo.

Aquí he resumido las siete características principales de la mediación tradicional china, la mayoría de las cuales todavía persisten de alguna manera en el sistema actual de mediación en China, debido a la gran influencia que ejercían en su larga historia:

- El objetivo principal de la mediación consistía en mantener la armonía, destacando su función social;
- Era realmente un mecanismo *alternativo* del proceso judicial con una

36 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 12. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 12.)

37 潘度文, “我国民事调解制度的历史发展及其社会基础”, cit. (PAN DUWEN, “Fundamentos sociales y desarrollos históricos de nuestro sistema de mediación en los procesos civiles”, cit.)

38 王德新, “中国司法调解制度的历史传承与文化底蕴”, cit. (WANG DEXIN, “Herencia histórica y cultural del sistema judicial de mediación en China”, cit.)

39 J. COHEN, “Chinese Mediation on the Eve of Modernization”, cit.

aplicación tan amplia que sustituyó en gran medida el papel de los procesos judiciales;

- Dependía bastante de las organizaciones locales y del apoyo del gobierno;

- No quedaban suficientemente claros los límites entre la mediación civil, la mediación administrativa y la mediación intrajudicial, debido a la intervención de las autoridades públicas en los sectores judicial y privado;

- Se utilizaban más en el proceso de mediación las fuentes de la ética, las costumbres, las disciplinas domésticas, etc. que las leyes, con el fin de educar a la gente;

- Raras veces podía representar las voluntades de las partes, ni el proceso ni el acuerdo;

- En la mayoría de los casos, los mediadores no eran neutrales ni imparciales.

4. Motivos del desarrollo de la mediación en la antigua China

En comparación con los países de cultura occidental, ¿por qué la mediación ocupaba una posición destacada, en lugar de la litigación u otros métodos adecuados de resolución de conflictos, en el sistema de resolución de conflictos de la antigua China? A continuación, voy a analizar esta cuestión desde tres perspectivas: económica, cultural y política, y me centro en la perspectiva cultural.

4.1. Motivos económicos

Según Xu, el sistema económico de pequeños agricultores (economía natural) de la antigua China es la causa fundamental de la existencia y el desarrollo de la mediación tradicional⁴⁰.

Durante un largo período desde las dinastías Zhou y Qin hasta la Primera Guerra del Opio (Primera Guerra Anglo-China)⁴¹, la producción agrícola de

40 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 42-48. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 42-48.)

41 La guerra entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda y China entre 1839 y 1842 debido al comercio de opio en la China continental, considerada como el inicio de la historia moderna de China.

pequeña escala y la industria artesanal familiar constituían la estructura económica básica de la sociedad china.⁴²

Como bien apuntan Marx y Engels, este modelo económico no permite ninguna división del trabajo en la labor agrícola ni aplicación científica, por lo tanto no produce diversos desarrollos, capacidades y relaciones sociales. Todas las familias campesinas son autosuficientes, produciendo directamente la mayoría de los bienes de consumo propio, como consecuencia, la adquisición de los recursos de vida depende del intercambio con la naturaleza en lugar de la interacción con la sociedad⁴³.

Según Xu, la producción agrícola de la tradicional China en la forma económica de pequeños agricultores, es la base económica de la sociedad, y que ejerce una influencia decisiva en la antigua china, generando la cultura de armonía, la sociedad basada en las familias (o los clanes) y la supremacía de la ética, circunstancias todas que ofrecen soporte al nacimiento y desarrollo de la mediación⁴⁴.

Detrás de esta teoría se encuentra la interpretación popular de los pensamientos de Marx y Engels: la base económica determina la superestructura.

Sin embargo, como pone de manifiesto Liang, China siempre ha sido una sociedad agrícola sin tener una revolución industrial; y sin duda alguna la cultura tradicional china debe adaptarse a ello. En particular, la cultura china ha experimentado muy pocos cambios durante dos mil años, y ha sido bastante alto el nivel de adaptación mutua entre la base económica y la superestructura, encajándose estrechamente en todas partes. No obstante, no tenemos ninguna justificación para la afirmación de que la formación de toda la cultura china ha sido determinada por esta economía. Por el contrario, el hecho de que durante más que dos mil de años los instrumentos y métodos de producción no consiguen avanzar hasta llegar a una revolución industrial, posiblemente se atribuya a las influencias de su cultura⁴⁵.

Hofstede también ha indicado que “la evolución económica está obligada

42 邓拓, 论中国历史的几个问题, 生活·读书·新知三联书店, 北京, 1979. (DENG TUO, *Varias cuestiones sobre la historia china*, Librería Sanlian, Beijing, 1979.)

43 中共中央编译局, 马克思恩格斯全集, vol. 8, 人民出版社, 北京, 1961. (OFICINA CENTRAL DE COMPILACIÓN Y TRADUCCIÓN, *Obras completas de Marx y Engels*, vol. 8, Editorial Popular, Beijing, 1961.)

44 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 42-48. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 42-48.)

45 梁漱溟, 中国文化要义, 上海人民出版社, 2005. p. 32. (LIANG SHUMING, *Esencias de la cultura china*, Editorial Popular de Shanghai, 2005. p. 32.)

a reflejarse en la programación mental colectiva de la gente, pero no hay ninguna razón por la que la evolución económica y tecnológica deban suprimir otras variedades culturales. Existen dimensiones de la cultura no relacionadas con la evolución económica”⁴⁶.

En mi opinión, estoy más de acuerdo con Liang y Hofstede. Considero que la cultura ha ejercido una influencia igual que la economía, si no es más, en el nacimiento y desarrollo de la mediación en la antigua China. Cohen también reconoce la importancia de la cultura china para el desarrollo de mediación, poniendo el ejemplo de Japón, un país que deja clara la importancia de la mediación en la sociedad porque comparte una herencia confuciana.⁴⁷ Por lo tanto, dedico más extensión de mi estudio a los motivos culturales y creo que la cultura, en sentido amplio, puede abarcar también los motivos económicos y políticos.

4.2. Motivos culturales

Como he mencionado en la Introducción, China dispone del terreno favorable para el desarrollo de la mediación, me refiero particularmente a la cultura tradicional china. Abordando el tema de la cultura, a primera vista, nos parece una palabra extremadamente abstracta que abarca innumerables dimensiones: la forma de comer es la cultura, la forma de pensar también, tanto como la de vivir, de comunicarse, cuestiones todas que nos resultan indivisibles. Lo que queda demasiado cerca siempre resulta difícil de describir.

“Avruch analizó la historia problemática del término *cultura* y traza su evolución de un término de exclusión y racismo a un concepto que afirma la equivalencia moral entre la enorme variedad de grupos humanos y sus comportamientos, normas y creencias. Avruch divide la cultura en dos categorías: genérica y local. La cultura genérica se refiere a los atributos universales de la especie *Homo sapiens*, y la cultura local se refiere a *los sistemas complejos de significados creados, compartidos y transmitidos por individuos en grupos sociales particulares*.”⁴⁸

46 G. HOFSTEDE, “Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context”, *Online Readings in Psychology and Culture*, 2(1), 2011, disponible en: <http://dx.doi.org/10.9707/2307-0919.1014>. p. 4.

47 J. COHEN, “Chinese Mediation on the Eve of Modernization”, cit.

48 A. WANIS-ST. JOHN, “Cultural pathways in negotiation and conflict management”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005. p.119.

Como bien apunta Wanis-St. John, “la cultura ha tenido al menos tres vidas definitorias importantes. Los victorianos definieron la cultura como una cualidad exclusiva que algunas personas expresan en su apreciación de las bellas artes, los modales y los comportamientos restringidos. Más tarde, la cultura llegó a asociarse con todas las personas, pero con diferencias cualitativas: la cultura de algunas personas se representaba como civilizada, mientras que otras eran ‘salvajes’ o ‘primitivas’. La mayoría de los antropólogos y sociólogos hoy entienden la cultura como un atributo de los seres humanos universal pero altamente diversificado, con la equivalencia moral entre las culturas...

...Los especialistas en comportamiento organizativo a menudo apuntan al argumento de Schein de que la cultura se refiere a *los modelos mentales compartidos que los miembros de una organización sostienen y dan por sentados* y que facilitan su éxito⁴⁹. Schein no cree que las culturas organizativas sean menos complejas que las culturas nacionales. Faure y Sjostedt proponen que la cultura *es un conjunto de significados, valores y creencias compartidos y duraderos que caracterizan a grupos nacionales, étnicos u otros, y orientan su comportamiento*. Brett y sus colegas describen la cultura como *el perfil único de un grupo con respecto a la psicología (por ejemplo, valores, normas y comportamientos) e instituciones sociales (por ejemplo, estructuras legales, económicas y políticas)*⁵⁰.

A pesar de sus diferencias, los defensores de las tres definiciones coinciden en que la cultura informa nuestra identidad y comportamientos colectivos. La cultura es un lenguaje mayormente inconsciente. Es multidimensional, abarcando valores, hábitos, normas y lenguaje. Debido a que es principalmente sólo compartida con otros miembros del grupo cultural, por lo general es de accesibilidad limitada en un mundo de más de seis mil millones de personas, fomentando así la unidad del grupo. Además, las culturas son dinámicas y cambiantes, especialmente donde se ponen en contacto entre sí. El contacto con los de otra cultura influye en actitudes y comportamientos. La cultura es un fenómeno humano universal, con distinción local. Un individuo puede pertenecer y ser influenciado por más de una cultura, y puede moverse dentro y fuera de afiliaciones culturales”⁵¹.

49 E. H. SCHEIN, *The corporate culture survival guide*, Jossey-Bass, San Francisco, CA, 2009.

50 J. M. BRETT Y OTROS, “Culture and Joint Gains in Negotiation”, *Negotiation Journal*, vol. 14, 1, 1998.

51 A. WANIS-ST. JOHN, “Cultural pathways in negotiation and conflict management”, cit. pp.119-120.

Según la definición resumida de Hofstede, “la cultura es la programación colectiva de la mente que distingue a los miembros de un grupo o una categoría de personas de otros”. Y ha indicado que “es siempre un fenómeno colectivo” y “dentro de cada colectivo hay una variedad de individuos”. Además, se puede investigar la cultura a diferentes niveles⁵², así que “cambiar el nivel de agregación estudiado cambiará la naturaleza del concepto de cultura”⁵³.

A mi parecer, sin duda alguna, la cultura nos forma la identidad, es decir, cómo somos, en este sentido, puedo definir la cultura como todo con lo que nos sentimos relacionados. Y en este libro, la cultura se refiere al nivel nacional que, según Hofstede, está arraigada de manera mucho más profunda en la mente humana y en los valores (a menudo inconscientes)⁵⁴, en el sentido de “las tendencias generales a preferir ciertos estados de cosas sobre los demás”⁵⁵.

Investigando el tema de la cultura china, sigo principalmente a las obras de Liang y de Hofstede: las primeras se basan en investigaciones y observaciones propias del autor; y las segundas, en además, datos empíricos.

4.2.1. La cultura tradicional china según Liang⁵⁶

Según Liang, las referencias básicas de la cultura china son, por su mayor importancia, la obra filosófica conocida como *Yijing (Zhouyi)*⁵⁷ y el Confucio-

52 Como pone de manifiesto Hofstede, “en sentido más común, se utiliza el término de cultura para tribus o grupos étnicos (en la antropología), para las naciones (en la ciencia política, la sociología y la gestión), y para las organizaciones (en la sociología y la gestión). Un campo relativamente inexplorado es la cultura de las ocupaciones (por ejemplo, la cultura de los ingenieros frente a la de los contadores, o las de académicos pertenientes a diferentes disciplinas); el término también se puede aplicar a los géneros, a las generaciones, o a las clases sociales”.

53 G. HOFSTEDE, “Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context”, cit. p. 3.

54 *Ibid.*

55 G. HOFSTEDE, *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations*, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2001.

56 Liang Shuming (1893-1988), erudito y filósofo confuciano chino. Vid. en: 梁漱溟, 东西文化及其哲学, 上海人民出版社, 2006. (LIANG SHUMING, *Cultura de Oriente-Occidente y sus filosofías*, Editorial Popular de Shanghai, 2006); 梁漱溟, 中国文化要义, cit. (LIANG SHUMING, *Esencias de la cultura china*, cit.)

57 Es uno de los libros más antiguos de China, considerado por el Confucionismo el primero de los Cinco Clásicos que son *Yijing* (Libro de las mutaciones), *Shijing* (Libro de las odas), *Shujing* (Libro de la historia), *Lijing* (Libro de los ritos) y *Chunqiu* (Anales

nismo⁵⁸. Aunque pasaron miles de años desde su origen, casi no se ha producido ningún cambio en sus esencias. Ni siquiera contemporáneamente China ha sido muy influida por el mundo occidental, pues sus referencias están profundamente arraigadas.

El núcleo de la cultura tradicional china supone 和 (*He*). Como pone de manifiesto Fan, en el lenguaje chino, *He* tiene varios significados: un estado moderado, templado, armonioso y coordinado; comportamientos y resultados de resolución de conflictos como la reconciliación, la mediación y otros. Cabe indicar que *He* no significa ser igual, por el contrario, justamente de las diferencias surge la necesidad de *He*⁵⁹.

El Confucionismo, siendo los discursos dominantes de la sociedad china, promueve este concepto de *He*. Confucio sostiene que el ser humano dispone de la razón que nos diferencia de los animales, por lo tanto la introspección cuenta con mayor peso, significando que a cada pregunta somos capaces de obtener la respuesta por medio de nuestra propia razón, excluyendo así la búsqueda hacia el exterior.

Confucio intenta resolver la pregunta permanente de vida desde el interior (la persona misma), es decir, cuando uno encuentra un problema a su paso, no tratará de cambiarlo para satisfacer su necesidad (cultura occidental), sino buscar su propia satisfacción bajo tal circunstancia, cambiando su voluntad.

Por ejemplo, si fuera Eduardo Manostijeras⁶⁰, en lugar de intentar cambiar las manostijeras, cambiará su interior para lograr la satisfacción (esculpirá estatuas de hielo usándolas), la cual no será nada menos que en la primera solución. Con esta actitud de vida, uno no se enfrenta de forma hostil contra la naturaleza, adora la emoción y se siente armonioso con los demás.

Podemos imaginarnos de que en la antigua China cuando las fuerzas productivas estaban extremadamente bajas, tales pensamientos confucianos no favorecerían nada en las luchas contra la naturaleza y el enfrentamiento al desarrollo, lo que podrá explicar por qué China mantuvo una economía cam-

de primavera y otoño). La filosofía de Yijing supone un universo regido por los cambios cíclicos, como del yin y yang.

58 El conjunto de doctrinas de Confucio (28 de septiembre de 551 a. C. – 11 de abril de 479 a. C.).

59 范愉, “纠纷解决与社会和谐”, 载范愉等著: 多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建, 经济科学出版社, 北京, 2011. p. 48. (FAN YU, “La resolución de disputas y la armonía social”, en FAN YU Y OTROS: *Mercanismo pluralista de resolución de disputas y construcción de una sociedad armoniosa*, Editorial de Ciencia Económica, Beijing, 2011. p. 48.)

60 Protagonista de la película *Edward Scissorhands*, dirigida por Tim Burton.

pesina durante miles de años sin avances y la Revolución Industrial nunca sucedió en estas tierras. En este sentido, Liang llama la cultura china una *cultura precoz* debido a la genialidad de Confucio.

Otras escuelas de pensamientos difieren en muchos aspectos del Confucionismo, no obstante, en cuanto a este espíritu de *He* se percibe consenso. Por ejemplo, Zhuangzi del Daoismo considera como el estado espiritual más alto: *el Universo vive conmigo y todo conmigo como un conjunto*⁶¹.

La armonía es coherente con el orden, la estabilidad, la coordinación, y contraria al caos, al conflicto, al desorden, implicando una evaluación negativa de la lucha, de la revolución, del conflicto, y de los procedimientos adversariales de resolución de disputas como la litigación.⁶²

La cultura de *He* ha afectado profundamente a todos los aspectos de la sociedad china, dando lugar al ideal de no-litigación de los chinos. En esta ocasión, la mediación, siendo un mecanismo más pacífico y amigable de resolución de conflictos, logra una aplicación amplia y se convierte en una alternativa de los procesos judiciales.

Además, el sistema de familias (o el sistema de clanes patriarcales) de la antigua China favorece el desarrollo de la mediación. Las familias (o los clanes patriarcales⁶³) son unidades básicas de la sociedad china. Inaba ha profundizado sobre la importancia del sistema de familias, señalando que “la única barrera para proteger a la nación china es su sistema familiar, tan fuerte que ni la Gran Muralla se puede comparar”⁶⁴.

En primer lugar, podemos referirnos al sistema de familias en sentido estricto. Como antes se ha mencionado, en la cultura tradicional los chinos no tratan de transformar la naturaleza sino incluirse en ella, además, valoran más la emoción que el deseo. Apelando a Liang, “en las emociones uno siempre ve al otro olvidándose de sí mismo; por el contrario, en los deseos uno

61 庄子, “《庄子·齐物论》”, 古书典故辞典, 江西人民出版社, 1984. (ZHUANGZI, “Libro de Zhuangzi”, en *Diccionario de alusiones y libros antiguos*, Editorial Popular de Jiangxi, 1984.)

62 范愉, “纠纷解决与社会和谐”, cit. (FAN YU, “La resolución de disputas y la armonía social”, cit.)

63 Clanes patriarcales se refieren a los grupos sanguíneos formados por un hombre y sus descendientes varones directos y las familias suyas, de acuerdo con ciertas normas éticas.

64 稻叶君山, 中国社会文化之特质. (INABA KUNZAN, Características sociales y culturales de China.) Cit. en: 梁漱溟, 中国文化要义, cit. (LIANG SHUMING, *Esencias de la cultura china*, cit.)

sólo piensa en sí mismo sin cuidar del otro”⁶⁵. Como consecuencia, les falta la conciencia de *yo*.

Es muy ilustrativa la metáfora ofrecida por Kong: “los chinos son barro y agua mezclándose entre sí y los occidentales son acero y piedra, duro contra duro”⁶⁶. Zhang también ha señalado que “en los pensamientos chinos las actitudes tradicionales casi nunca reconocen la independencia del individuo, sino que el individuo siempre se reconoce como ser dependiente”⁶⁷. En otras palabras, la gente siempre y sólo existe en las relaciones éticas. Obviamente, la relación ética más básica es la parental, luego las relaciones marido-esposa, hermanos, etc.

Partiendo de las relaciones de sangre, en sentido amplio, todas las demás relaciones sociales son reflejos de su ética familiar. Por ejemplo: el emperador es el padre, el pueblo son sus hijos; el maestro también es el padre, los alumnos son sus hijos. Hay un dicho chino de que *un día fue tu maestro, será tu padre para toda la vida*. De tal manera, extienden este sistema de familias hasta lo más lejano, el mundo, donde todos los hombres son hermanos, constituyendo una red de relaciones éticas expandiéndose interminablemente.

Cabe indicar que esta red es tridimensional. Como pone de manifiesto Xu, las personas colocadas en la red tienen en la familia y en la sociedad estatus desiguales que son difíciles de cambiar, así que la conciencia de los derechos es bastante débil en la sociedad tradicional china donde destaca la obligación personal hacia la familia, la sociedad y el Estado⁶⁸. El Confucionismo incluso establece un sistema llamado *Li* basado en estas relaciones éticas, en lo que se determinan los estatus de cada uno y sus correspondientes normas sociales de conducta.

Esta red de relaciones éticas supone que todos los individuos y familias que viven en un pueblo tengan alguna relación. Un conflicto no supone una incompatibilidad de intereses de las partes en disputa sino una destrucción de las relaciones éticas. Por lo tanto, cuando sucede una disputa, con el fin de recuperar la relación y la armonía dentro de los grupos, sean la familia, el clan

65 梁漱溟, 中国文化要义, cit. (LIANG SHUMING, *Esencias de la cultura china*, cit.)

66 孔大充, 大地人文, 戰地圖書出版社, 1943. (KONG DACHONG, *Humanidades de la Tierra*, Editorial de libros de Battlefield, 1943.)

67 张东荪, 民国学术文化名著: 理性与民主, 1, 岳麓书社, 2010. (ZHANG DONGSUN, *Clásicos académicos y culturales de la República China: razón y democracia*, 1, Librería de Yuelu, 2010.)

68 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 45. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 45.)

o el pueblo, preferirán adoptar el método de mediación que es más privada, flexible, autónoma y amigable.

4.2.2. La cultura china según el Modelo 6D de Hofstede⁶⁹

Creo que podemos entender mejor la correlación entre la cultura china y la mediación mediante un estudio comparativo situándola en la diversidad cultural. Para cumplir con este fin, querría introducir el Modelo Hofstede de 6 Dimensiones de Culturas Nacionales. Una dimensión de Hofstede se refiere a “un aspecto de una cultura que puede ser medido con relación a otras culturas”⁷⁰ y las seis dimensiones de culturas nacionales son:

1. Índice de Distancia del Poder (*Power Distance Index*, PDI);
2. Índice de Individualismo contra Colectivismo (*Individualism versus Collectivism*, IDV);
3. Masculinidad contra Femenidad (*Masculinity versus Femininity*, MAS);
4. Índice de Evitación de Incertidumbre (*Uncertainty Avoidance Index*, UAI);
5. Orientación a Largo Plazo contra Orientación a Corto Plazo (*Long Term Orientation versus Short Term Orientation*, LTO);
6. Indulgencia contra Contención (*Indulgence versus Restraint*, IND).

Las primeras cuatro dimensiones, que son definidas por Inkeles y Levinson⁷¹ y empíricamente apoyadas en los datos de IBM, han formado la base para la obra de Hofstede *Culture's Consequences*⁷². La quinta dimensión fue identificada por primera vez en una encuesta entre los estudiantes de 23 países de todo el mundo, por Bond y algunos académicos chinos, y fue etiquetada como la dimensión *Confucian Work Dynamism*. Hofstede añadió esta

69 Vid. en: G. HOFSTEDE; G. J. HOFSTEDE; M. MINKOV, *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, Third Edition, McGraw-Hill, New York, 2010; G. HOFSTEDE, *Culture's Consequences*, cit.; G. HOFSTEDE, “Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context”, cit. También se pueden encontrar más información sobre Geert Hofstede y sus estudios actuales en las páginas web: <http://www.geerthofstede.com> y <http://geert-hofstede.com>.

70 G. HOFSTEDE, “Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context”, cit. p. 7.

71 Vid. más en: A. INKELES; D. J. LEVINSON, National character: The study of modal personality and sociocultural systems, en G. LINDZEY, E. ARONSON (eds.) *The Handbook of Social Psychology IV*, McGraw-Hill, New York, 1969.

72 G. HOFSTEDE, *Culture's Consequences*, cit.

dimensión como una quinta a su cuatro y la renombró la dimensión de Orientación a Largo/Corto Plazo.

Más tarde, en 2007 Minkov apuntó tres nuevas dimensiones basándose en los datos recientes de *World Values Survey* (WVS), que él denominó Exclusivismo versus Universalismo (*Exclusionism versus Universalism*), Indulgencia versus Contención (*Indulgence versus Restraint*) y Monumentalismo versus Flexhumildad (*Monumentalism versus Flexhumility*). En la tercera edición de *Cultures and Organizations*⁷³, la dimensión de Exclusivismo/Universalismo fue integrada en la de Individualismo/Colectivismo; la dimensión de Orientación a Largo/Corto Plazo fue convertida en una nueva versión por Minkov combinándola con su Monumentalismo/Flexhumildad; y la dimensión de Indulgencia versus Contención se añadió como una dimensión completamente nueva, la sexta.

En comparación con otros esfuerzos por clasificar culturas, observo que el Modelo Hofstede tiene por lo menos dos puntos fuertes:

- Es una investigación basada en abundantes datos empíricos. En la década de 1970, Hofstede analizó una gran base de datos sobre los valores de los empleados de IBM, que cubrían más de 50 países. Los estudios posteriores validando los resultados anteriores incluyen grupos de encuestados tales como pilotos de aerolíneas comerciales, estudiantes en 23 países, funcionarios en 14 países, consumidores de lujo en 15 países y élites en 19 países. En su libro de 2010, las puntuaciones en las dimensiones están listadas para 76 países, y en parte se basan en replicaciones y extensiones del estudio de IBM en diferentes poblaciones internacionales y por diferentes estudiosos;

- Distingue el nivel nacional del nivel individual de la cultura. Hofstede considera que “uno de los puntos débiles de mucha investigación transcultural reside en no reconocer la diferencia entre el análisis a nivel social y a nivel individual, lo que equivale a confundir la antropología y la psicología”⁷⁴. Por lo tanto, en el Modelo de Hofstede se dedica por completo al estudio de la cultura a nivel nacional, en la que los valores juegan un papel de mayor importancia. Así que las puntuaciones de los países en las dimensiones son relativas y sólo pueden utilizarse de manera significativa mediante la comparación. No deben ser utilizadas para estereotipar a las personas porque siempre hay una variedad amplia de personalidades individuales dentro de cada cultura nacional.

En lo siguiente, voy a redactar un resumen sobre estas seis dimensiones y las puntuaciones que China obtiene en cada una.

73 G. HOFSTEDE; G. J. HOFSTEDE; M. MINKOV, *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, cit.

74 G. HOFSTEDE, “Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context”, cit. p. 6.

Índice de Distancia del Poder (*Power Distance Index*, PDI)

Como pone de manifiesto Hofstede, la Distancia del Poder ha sido definida como la medida en que los miembros menos poderosos de las organizaciones e instituciones (como la familia) aceptan y esperan que el poder se distribuya de manera desigual. Sugiere que el nivel de desigualdad de una sociedad recibe la aprobación tanto por los líderes como por los seguidores⁷⁵. Además, Hofstede nos facilita una Tabla que enumera una selección de las diferencias entre las sociedades nacionales asociadas con esta dimensión.⁷⁶

PEQUEÑA DISTANCIA DEL PODER	GRAN DISTANCIA DEL PODER
El uso del poder debe ser legítimo y está sujeto a criterios del bien y del mal.	El poder es un hecho básico de la sociedad anterior al bien o al mal: su legitimidad es irrelevante.
Los padres tratan a los hijos como iguales.	Los padres enseñan a los hijos la obediencia.
Las personas mayores no son respetadas ni temidas.	Las personas mayores son respetadas y temidas.
Educación centrada en estudiantes	Educación centrada en profesores
Jerarquía significa la desigualdad de roles, establecida por conveniencia.	Jerarquía significa la desigualdad existencial.
Los subordinados esperan a ser consultados.	Los subordinados esperan que se les diga qué hacer.
Los gobiernos plurales basados en el voto mayoritario y cambiados pacíficamente	Los gobiernos autocráticos basados en la cooptación y cambiados por la revolución
Rara corrupción; los escándalos ponen fin a las carreras políticas.	Frecuente corrupción; los escándalos están cubiertos.
La distribución de los ingresos en la sociedad es bastante igual.	La distribución de los ingresos en la sociedad es muy desigual.
Religiones destacando la igualdad de creyentes	Religiones con una jerarquía de sacerdotes

Tabla I: Diez diferencias entre las sociedades de pequeña y gran distancia del poder

⁷⁵ *Ibid.* p. 9.

⁷⁶ Todas las Tablas son de: *Ibid.* y traducidas por Xinwei Li. Para una revisión más completa, Vid. en: G. HOFSTEDE; G. J. HOFSTEDE; M. MINKOV, *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, cit. y G. HOFSTEDE, *Culture's Consequences*, cit.

En su libro de *Cultures and Organizations (2010)*, las puntuaciones del Índice de Distancia del Poder son listadas para 76 países: tienden a ser más altas para los países de Europa Oriental, latinos, asiáticos y africanos y más bajas para los países occidentales de habla inglesa y alemana.

Índice de Individualismo vs Colectivismo (*Individualism vs Collectivism, IDV*)

Individualismo contra Colectivismo se refiere al grado en que las personas de una sociedad se integran en los grupos. En una sociedad individualista los lazos entre los individuos son relajados: se espera que todos sólo cuiden de él mismo/ella misma y de su familia inmediata. Por el contrario, en una sociedad colectivista los individuos se integran, desde el nacimiento, en grupos fuertes y unidos, y a menudo las familias extensas (con tíos y abuelos) les siguen protegiendo a cambio de una lealtad incondicional, y se oponen a otros grupos.⁷⁷

Como pone de manifiesto Hofstede, el individualismo no significa egoísmo sino que se esperan elecciones y decisiones individuales. El colectivismo tampoco significa una intensa relación, sino que uno sabe su lugar en la vida, que es determinado socialmente. Con una metáfora de la física, las personas en una sociedad individualista son más como los átomos que vuelan alrededor en un gas mientras que los de las sociedades colectivistas son más como los átomos fijos en un cristal.

La tabla propuesta por Hofstede enumera una selección de las diferencias entre sociedades asociadas a esta dimensión:

INDIVIDUALISMO	COLECTIVISMO
Cada uno se supone capaz para cuidar de él mismo o ella misma y únicamente de su familia inmediata.	Las personas nacen en familias extensas o clanes que los protegen a cambio de lealtad.
"Yo" – consciencia	"Nosotros/as" – consciencia
Derecho de privacidad	Preocupación por la pertenencia
Hablan de los pensamientos de uno es saludable.	La armonía debe mantenerse siempre.
Los "otros" son clasificados como individuos	Los "otros" son clasificados como endo-grupos o exo-grupos

⁷⁷ G. HOFSTEDE, "Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context", cit. p. 11.

Opinión personal esperada: una persona un voto	Opiniones y votos predeterminados por endo-grupos
La transgresión de las normas da lugar a sentimientos de culpa.	La transgresión de las normas da lugar a sentimientos de vergüenza.
Lenguas en las que la palabra "yo" es indispensable.	Lenguas en las que la palabra "yo" es evitada.
El propósito de la educación es aprender cómo aprender.	El propósito de la educación es aprender cómo hacer.
La tarea prevalece sobre la relación.	La relación prevalece sobre la tarea.

Tabla II: Diez diferencias entre las sociedades individualista y colectivista

En su libro de *Cultures and Organizations (2010)*, las puntuaciones del Índice de Individualismo versus Colectivismo son listadas para 76 países: el individualismo tiende a prevalecer en los países desarrollados y occidentales, mientras que el colectivismo prevalece en los países menos desarrollados y orientales; Japón adopta una posición intermedia en esta dimensión.

Masculinidad vs Femenidad (*Masculinity vs Femininity*, MAS)

Como pone de manifiesto Hofstede, la Masculinidad versus Femenidad se refiere a la medida en que el uso de la fuerza es apoyado socialmente. La Masculinidad representa una preferencia en la sociedad al logro, al heroísmo, a la asertividad y a las recompensas materiales para un éxito. La sociedad en general es más competitiva y ganar es importante para ambos géneros.

En comparación, la Femenidad representa una preferencia por la cooperación, la modestia, la preocupación por los débiles y por la calidad de vida. La sociedad en general es más orientada hacia el consenso. Competir no recibe la aprobación de forma tan abierta y los géneros son emocionalmente más cercanos.

Los estudios de IBM revelan dos cosas: por un lado, los valores de las mujeres difieren menos entre las sociedades que los valores de los hombres; y por otro lado, los valores de los hombres de un país a otro varían desde muy asertivos, competitivos y máximamente diferentes a los valores de las mujeres hasta modestos, cuidados y similares a los valores de las mujeres. En los países femeninos las mujeres tienen los mismos valores de la modestia, la preocupación, etc. que los hombres y en los países masculinos las mujeres

son asertivas y competitivas de alguna manera, pero no tanto como los hombres, por lo que estos países muestran una brecha entre los valores de los dos géneros.⁷⁸

La tabla propuesta por Hofstede enumera una selección de las diferencias entre sociedades asociadas a esta dimensión:

FEMINEIDAD	MASCULINIDAD
Mínima diferenciación de roles emocionales y sociales entre los géneros	Máxima diferenciación de roles emocionales y sociales entre los géneros
Los hombres y las mujeres deben ser modestos y preocupados.	Los hombres deben ser y las mujeres pueden ser asertivos y ambiciosos.
Equilibrio entre la familia y el trabajo	El trabajo prevalece sobre la familia.
Simpatía por los débiles	Admiración por los fuertes
Tanto los padres como las madres se ocupan de los hechos y sentimientos.	Los padres se ocupan de los hechos y las madres de los sentimientos.
Tanto los chicos como las chicas pueden llorar pero no deben luchar.	Las chicas lloran y los chicos no; los chicos deben luchar y las chicas no.
Las madres deciden sobre el número de hijos.	Los padres deciden sobre el número de los miembros familiares.
Muchas mujeres en cargos políticos electos	Pocas mujeres en cargos políticos electos
La religión se centra en seres humanos.	La religión se centra en Dios o dioses.
Actitudes prácticas sobre la sexualidad; el sexo es una forma de relacionarse.	Actitudes moralistas sobre la sexualidad; el sexo es una forma de interpretar.

Tabla III: Diez diferencias entre las sociedades de femineidad y masculinidad

En su libro de *Cultures and Organizations (2010)*, las puntuaciones del Índice de Masculinidad versus Femineidad son listadas para 76 países: la Masculinidad es alta en Japón, en los países de habla alemana y en algunos países latinos como Italia y México; es moderadamente alta en los países occidentales de habla inglesa; es baja en los países nórdicos y en los Países Bajos y moderadamente baja en algunos países latinos y asiáticos como Francia, España, Portugal, Chile, Corea y Tailandia.

⁷⁸ *Ibid.* p. 12.

Índice de Evitación de Incertidumbre (*Uncertainty Avoidance Index*, UAI)

Según Hofstede, la Evitación de Incertidumbre se refiere a la tolerancia de una sociedad de la incertidumbre y la ambigüedad, que no tiene nada que ver con la evitación de riesgos ni con seguir las reglas, indicando en qué medida los miembros de una cultura se sienten incómodos o cómodos en situaciones no estructuradas que son nuevas, desconocidas, sorprendentes y diferentes de lo habitual.

Las culturas de alta Evitación de Incertidumbre tratan de minimizar la posibilidad de tales situaciones mediante códigos estrictos de conducta, leyes y normas, desaprobación de opiniones desviadas, y creencia en la verdad absoluta. Las personas también son más emocionales y motivadas por su energía nerviosa interior. En comparación, las culturas de baja Evitación de Incertidumbre son más tolerantes a las opiniones diferentes a lo que están acostumbradas, tratando de tener un menor número de reglas y permitiendo que diferentes corrientes fluyan. Las personas dentro de estas culturas son más flemáticas y contemplativas, y no se espera por su entorno que expresen emociones.

La tabla propuesta por Hofstede enumera una selección de las diferencias entre sociedades asociadas a esta dimensión:

DÉBIL EVITACIÓN DE INCERTIDUMBRE	FUERTE EVITACIÓN DE INCERTIDUMBRE
La incertidumbre inherente a la vida es aceptada y se toma cada día como viene.	La incertidumbre inherente a la vida se siente como una amenaza continua que hay que combatir.
Comodidad, menor estrés, autocontrol, ansiedad baja	Mayor estrés, emotividad, ansiedad, neurosis
Puntuaciones más altas en salud y bienestar subjetivo	Puntuaciones más bajas en salud y bienestar subjetivo
Tolerancia a personas e ideas desviadas: lo que es diferente es curioso.	Intolerancia a personas e ideas desviadas: lo que es diferente es peligroso.
Comodidad con la ambigüedad y el caos	Necesidad de claridad y estructura
Los maestros pueden decir “no lo sé”.	Los maestros suponen que tienen todas las respuestas.
Cambiar del trabajo sin ningún problema.	Permanecer en el trabajo incluso si no gusta.

Disgusto de reglas - escritas o no escritas	Necesidad emocional de reglas – incluso si no se obedecen
En la política, los ciudadanos se sienten y se ven como competentes ante las autoridades.	En la política, los ciudadanos se sienten y se ven como incompetentes ante las autoridades.
En la religión, la filosofía y la ciencia: el relativismo y el empirismo	En la religión, la filosofía y la ciencia: creencia en verdades últimas y grandes teorías

Tabla IV: Diez diferencias entre las sociedades de débil y fuerte evitación de incertidumbre

En su libro de *Cultures and Organizations (2010)*, las puntuaciones del Índice de Evitación de Incertidumbre son listadas para 76 países: tienden a ser más altas en los países de Europa Central y Oriental, en los países latinos, en Japón y en los países de habla alemana; más bajas en los países de habla inglesa, países nórdicos y países de la cultura china.

Orientación a Largo Plazo vs Orientación a Corto Plazo (*Long Term Orientation vs Short Term Orientation, LTO*)

Como pone de manifiesto Hofstede, el índice de Orientación a Largo Plazo refleja el cambio. En una cultura de orientación a largo plazo, la noción básica sobre el mundo es que está en proceso de cambio, y la preparación para el futuro es siempre necesaria. Los valores de tal sociedad son la perseverancia, el ahorro, el ordenar las relaciones por estatus y el sentimiento de vergüenza. En una cultura de orientación a corto plazo, el mundo es esencialmente tal como fue creado, por lo que el pasado ofrece una brújula moral y es moralmente bueno adherirse a ella. Los valores, por el contrario, son el reciprocitar obligaciones sociales, el respeto a la tradición, la preservación de la propia dignidad, y la estabilidad personal.

En el contexto de los negocios esta dimensión se relaciona con Pragmático versus Normativo (*Normative versus Pragmatic, PRA*); y en el ámbito académico también se utiliza la terminología Monumentalismo versus Flexibilidad.

La tabla propuesta por Hofstede enumera una selección de las diferencias entre sociedades asociadas a la versión antigua y nueva de esta dimensión:

ORIENTACIÓN A CORTO PLAZO	Orientación a Largo Plazo
Acontecimientos más importantes en la vida ocurrieron en el pasado o se llevan a cabo ahora.	Acontecimientos más importantes en la vida ocurrirán en el futuro.
Estabilidad personal: una buena persona es siempre la misma.	Una buena persona se adapta a las circunstancias.
Existen pautas universales sobre lo que es bueno y malo.	Lo que es bueno y malo depende de las circunstancias.
Las tradiciones son sacrosantas.	Las tradiciones son adaptables a las circunstancias cambiadas.
La vida familiar guiada por imperativos	La vida familiar guiada por tareas compartidas
Se supone que uno está orgulloso de la patria.	Intentan aprender de otros países.
El servicio a los demás es un objetivo importante.	El ahorro y la perseverancia son objetivos importantes.
Gasto y consumo social	Ahorros grandes, fondos disponibles para la inversión
Los estudiantes atribuyen el éxito y el fracaso a la suerte.	Los estudiantes atribuyen el éxito al esfuerzo y el fracaso a la falta de esfuerzo.
Poco o ningún crecimiento económico de los países pobres	Rápido crecimiento económico de los países hasta un nivel de prosperidad

Tabla V: Diez diferencias entre las sociedades de orientación a corto y largo plazo

En su libro de *Cultures and Organizations (2010)*, las puntuaciones de esta dimensión se han vuelto a calcular incluyendo el análisis de Minkov sobre los datos recientes de WVS, que están disponibles para 93 países y regiones: las culturas nacionales de orientación a largo plazo son los países de Asia Oriental, seguidos por Europa Central y Oriental; las de orientación a medio plazo se encuentra en los países de Europa del Sur y del Norte, y de Asia Meridional; las de orientación a corto plazo son los EE.UU. y Australia, los países de América Latina, africanos y musulmanes.

Indulgencia vs Contención (*Indulgence vs Restraint*, IND)

La sexta dimensión, agregada en la obra de 2010, utiliza la etiqueta de Minkov Indulgencia versus Contención. También se basa en los datos recien-

tes de WVS y es más o menos complementaria a la dimensión de Orientación a Largo Plazo versus Orientación a Corto Plazo, correlacionándose ligera y negativamente con ella. La Indulgencia representa una sociedad que permite la gratificación relativamente libre de los deseos humanos básicos y naturales relacionados con disfrutar de la vida y divertirse; la Contención representa una sociedad que controla la gratificación de las necesidades y las regula por medio de estrictas normas sociales.⁷⁹

La tabla propuesta por Hofstede enumera una selección de las diferencias entre sociedades asociadas a esta dimensión:

INDULGENCIA	CONTENCIÓN
Mayor porcentaje de personas que se declaran muy felices	Menos gente muy felices
Percepción del control de la vida personal	Percepción de impotencia: lo que me pasa no es mi propio hacer.
La libertad de expresión se considera importante.	La libertad de expresión no es una preocupación primaria.
Mayor importancia del ocio	Menor importancia del ocio
Más propensos a recordar las emociones positivas	Menos propensos a recordar las emociones positivas
En los países con poblaciones educadas, las tasas de natalidad más altas	En los países con poblaciones educadas, las tasas de natalidad más bajas
Más personas involucradas activamente en los deportes	Menos personas involucradas activamente en los deportes
En los países con suficiente comida, un mayor porcentaje de personas obesas	En los países con suficiente comida, menos personas obesas
En los países ricos, normas sexuales son poco severas.	En los países ricos, normas sexuales más estrictas
Mantener el orden en la nación no es una alta prioridad.	Mayor número de oficiales de policía por cada 100,000 habitantes

Tabla VI: Diez diferencias entre las sociedades de indulgencia y contención

En su libro de *Cultures and Organizations (2010)*, las puntuaciones de esta dimensión también se basan en los datos recientes de WVS, que están disponibles para 93 países y regiones: la Indulgencia tiende a prevalecer en

⁷⁹ *Ibid.* p. 15.

América del Sur y del Norte, en Europa Occidental y en algunas partes de África subsahariana; la Contención prevalece en Europa del Este, en Asia y en el mundo musulmán; Europa Mediterránea toma una posición intermedia en esta dimensión.

En resumen, según los resultados del Modelo Hofstede, China obtiene un 80 de PDI, un 20 de IDV, un 66 de MAS, un 30 de UAI, un 87 de LTO y un 24 de IND. Para poner una comparación, España obtiene un 57 de PDI, un 51 de IDV, un 42 de MAS, un 86 de UAI, un 48 de LTO y un 44 de IND (mostrados en la figura I).

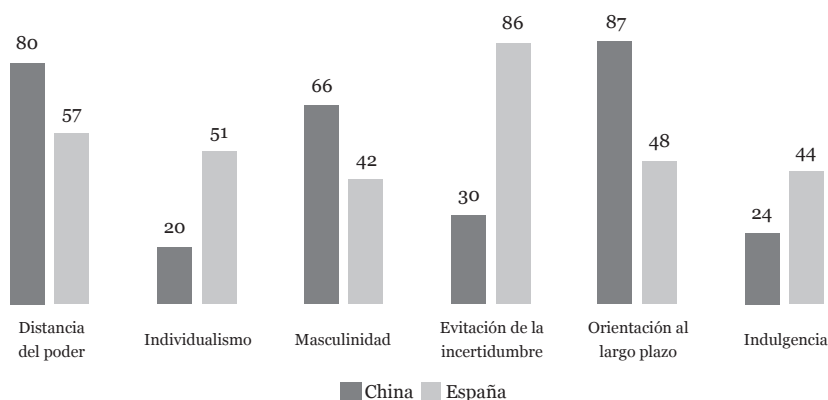


Figura I: Calificaciones de China según el Modelo Hofstede en comparación con las de España⁸⁰

4.2.3. La cultura china y la mediación

Desde mi punto de vista, básicamente estoy de acuerdo con los descubrimientos de Hofstede porque sus estudios empíricos son muy coherentes con las observaciones subjetivas de los eruditos chinos. Liang ha indicado algunas características de la cultura china⁸¹, unas ya explicadas antes en la parte 4.2.1, como: sistema fuerte de relaciones éticas (relacionada a la alta Distancia del Poder); características de diversidad e inclusiva (relacionada a la baja Evitación de Incertidumbre); ausencia de conciencia de yo (relacionada al

⁸⁰ Fuente: <https://geert-hofstede.com/china.html>.

⁸¹ Vid. más en: 梁漱溟, 中国文化要义, cit. (LIANG SHUMING, *Esencias de la cultura china*, cit.)

bajo Individualismo); mucha tolerancia (relacionada a la baja Indulgencia) y otros. Cuando estoy leyendo las Tablas de Hofstede, a menudo se me ocurre el pensamiento de que “esto es muy chino!”.

Además, aunque en este capítulo nos situamos en la antigua China, los resultados calculados por el Modelo Hofstede pueden reflejar tanto la cultura tradicional como la cultura actual de China dado que según Hofstede estas puntuaciones relativas han sido probadas muy estables en el tiempo. Las fuerzas que pueden causar cambios culturales tienden a ser globales o continentales, significando que afectan a muchos países al mismo tiempo, por lo que si sus culturas cambian, cambian juntos y sus posiciones relativas siguen siendo las mismas. Las excepciones a esta regla son los Estados fallidos y las sociedades en las que los niveles de riqueza y educación aumentan muy rápidamente en sentido comparativo. Sin embargo, incluso en tales casos las posiciones relativas cambiarán muy despacio.

Por supuesto, no todas las situaciones chinas son consistentes a las mostradas en las Tablas. El propio Hofstede ha señalado que “las afirmaciones se refieren a los extremos, que las situaciones reales pueden encontrarse en cualquier punto entre los extremos y que la asociación de una declaración con una dimensión es siempre estadística, nunca absoluta”⁸². Y además, el Modelo Hofstede no es exhaustivo, es decir, existirán más dimensiones por revelar.

Los estudios de Hofstede y sus seguidores han validado que estas seis dimensiones están correlacionadas con otros datos. Por ejemplo, la Distancia del Poder está correlacionada con la desigualdad de ingresos; el Individualismo con la riqueza nacional; la Masculinidad está relacionada negativamente con el porcentaje de la renta nacional dedicado a la seguridad social; la Evitación de Incertidumbre se asocia con obligaciones legales como llevar documento de identidad para los ciudadanos en los países desarrollados; y la Orientación a Largo Plazo es conectada a los resultados matemáticos de la escuela en las comparaciones internacionales. Por lo tanto, las diferencias en muchas cuestiones nacionales pueden ser investigadas desde las diferencias culturales, e igualmente en el ámbito de resolución de conflictos.

Como pone de manifiesto Wanis-St. John, el campo de negociación y gestión de conflictos se ha comprometido desde hace tiempo a un debate relativamente infructuoso sobre la relevancia de la cultura para la negociación. La escuela “menos relevante” representa la mayoría de los escritos de negociación. Hay un matiz de lo que Kissinger llamó *crusading universalism* en al-

82 G. HOFSTEDE, “Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context”, cit. p. 10.

gunas líneas de la literatura prescriptiva sobre la negociación, como la negociación clásica *Getting to yes*⁸³ ... Más allá de la casi-negación de su relevancia por parte de los universalistas, a veces la cultura se considera potencialmente relevante, pero en su mayoría como una barrera para el éxito de la negociación y la gestión de conflictos⁸⁴.

El debate más antiguo sobre la relevancia de la cultura está dando paso a nuevas discusiones sobre las formas en que la cultura tiene un impacto en el conflicto y las conductas de negociación. El debate sobre impacto investiga cómo la cultura puede ser una causa del conflicto o un facilitador de la negociación. Como bien señala Wanis-St. John, la cultura per se no es una causa del conflicto, no obstante, la ignorancia cultural (etnocentrismo) contribuye a la mala comunicación humana entre culturas, por lo que la cultura debe ser tomada más en serio. Además, los teoristas de la negociación han señalado desde hace mucho tiempo la necesidad de diferencias entre las partes para optimizar los resultados de la negociación: diferencias entre preferencias, prioridades, probabilidades del riesgo, habilidades, etc.⁸⁵ La cultura puede ser una de esas diferencias que ayudan a las partes a construir valor.⁸⁶

Poniendo juntos los supuestos de impacto y relevancia, Wanis-St. John propone la yuxtaposición que da lugar a cuatro formas distintas de contemplar la cultura y la negociación (mostrada en la figura II), y apunta que las diferencias culturales presentan oportunidades de aprendizaje que potencialmente pueden enriquecer la negociación. Aunque no determinante del resultado de la negociación, la cultura debe ser considerada altamente relevante para las formas en que manejamos los conflictos. La cultura puede y debe ser

83 R. FISHER; W. URY; B. PATTON, *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, Tra edition, Planeta Publishing, 2008.

84 A. WANIS-ST. JOHN, "Cultural pathways in negotiation and conflict management", cit. pp.124-126.

85 Por ejemplo, Moffitt ha señalado varias condiciones en las que los litigantes (o cualquier negociador) podrían descubrir oportunidades de creación de valor, las cuales son intereses compartidos, reducción de costos de transacción, reducción de problemas de implementación, diferencias en prioridades, diferencias en el calendario, diferencias en predicciones, diferencias en la tolerancia al riesgo, y diferencias en capacidades. Vid. más en: M. L. MOFFITT, "Disputes as opportunities to create value", en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.

86 A. WANIS-ST. JOHN, "Cultural pathways in negotiation and conflict management", cit. pp.126-127.

contemplada como un facilitador de la práctica de gestión de conflictos, más que como una causa del conflicto o un obstáculo para la negociación.⁸⁷

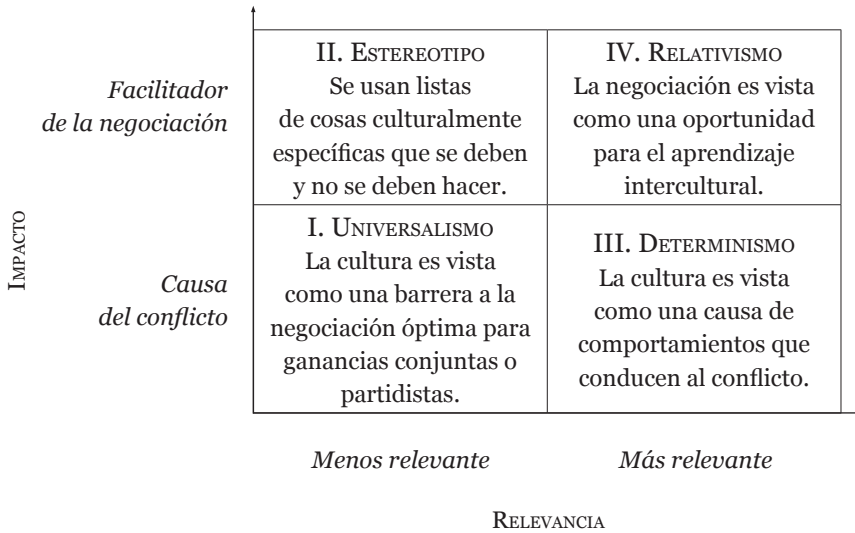


Figura II: Cuatro formas de contemplar la cultura y la negociación⁸⁸

Por lo tanto, como bien apunta Fajardo, “los estudios de Hofstede, más allá de sus críticas y de sus desarrollos posteriores parece que hayan quedado desfasados en ciertos aspectos. Sin embargo, los parámetros de la Teoría de las Dimensiones Culturales pueden servirnos para enmarcar ciertas reflexiones que permitan aproximar los modelos de solución de conflictos utilizados en distintos sistemas legales por corresponder a contextos culturales diversos”⁸⁹.

Además, utilizando como método de análisis los índices de Hofstede, Fajardo ha demostrado, en un estudio comparativo entre el modelo comercial y el modelo comunitario⁹⁰, cinco aspectos en los que la cultura podrá influir de alguna manera a los métodos alternativos de resolución de conflictos, que son: opción por los ADRs frente a un conflicto; elección del tercero (¿neu-

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Fuente: *Ibid.* p. 128.

⁸⁹ P. FAJARDO, *Cooperar como estrategia: mediación de conflictos empresariales*, primera edición, Aranzadi, 2016. pp. 75-76.

⁹⁰ Según Fajardo, el modelo comunitario y el modelo comercial “responden a fundamentos de armonía social y de interés, respectivamente (decir que a Oriente y Occidente, sería simplificar demasiado)”. Vid. en: *Ibid.* p. 68.

tral?); estrategia de las partes; técnicas del tercero neutral; y actitud de las partes frente al acuerdo⁹¹.

A continuación, intento investigar la correlación entre la cultura china y la mediación con los índices facilitados por el Modelo Hofstede, y comparar la situación actual de China y España, siguiendo los cinco aspectos de Fajardo y modificándolos para que cumplan mejor con mi finalidad.

Opción por la mediación frente a un conflicto

El índice de Evitación de Incertidumbre condiciona la aceptación de la mediación.

Una sociedad de baja evitación de incertidumbre es más tolerante a la incertidumbre y a la ambigüedad. En lugar de procedimientos bien estructurados y estrictos, las personas de tal sociedad se sienten cómodas frente a un procedimiento más flexible y amigable tanto en el proceso como en las fuentes que se van a usar, debido a que no les gusta tener un gran número de reglas. En este sentido, cuando se enfrenten a un conflicto, será más posible acudir a la mediación que a los procesos judiciales. La tolerancia y la curiosidad por la diferencia también podrán facilitar el proceso de la mediación.

Debido a que la cultura china tiene bastante baja evitación de incertidumbre (con UAI de 30), los chinos estarán más dispuestos a aceptar el método de mediación cuando suceda un conflicto. En comparación, España tiene muy alta evitación de incertidumbre (con UAI de 86), será menos posible para los españoles acudir a la mediación al tener un conflicto.

La neutralidad del mediador

El índice de Distancia del Poder condiciona la elección del mediador neutral.

Últimamente el principio de neutralidad ha sido abordado bastante en los estudios de mediación. En la actualidad, normalmente, la neutralidad se refiere a que el mediador no deba tener ningún interés propio con las dos partes o con el asunto, y durante el proceso mantenga una postura neutral y equidistancia a las partes. Esencialmente, como ha indicado Fajardo, la clave de bóveda para poder desarrollar su trabajo es la confianza depositada por las partes. La cuestión reside en de dónde surge y cómo se mantiene esa confianza⁹².

En una sociedad con alta distancia del poder, debido a que el poder es

⁹¹ *Ibid.* pp. 76-81.

⁹² *Ibid.* p. 102.

un hecho básico anterior al bien o al mal y su legitimidad es irrelevante, y la jerarquía significa la desigualdad existencial, esta confianza surge del poder o del estatus que ocupa uno en la sociedad.

Debido a que la cultura china tiene muy alta distancia del poder (con PDI de 80) en comparación con España que tiene media distancia del poder (con PDI de 57), será menos importante para los chinos la neutralidad del mediador. En tal situación, el rol del mediador suele ligarse a “personas con un ascendente moral, familiar, religioso o político dentro de la respectiva comunidad o grupo social con independencia de su neutralidad o posición aséptica frente al problema”⁹³.

Objetivo de la mediación

El índice de Individualismo versus Colectivismo condiciona el objetivo de la mediación.

En una sociedad de alto colectivismo, donde los individuos desde el nacimiento se integran en familias extensas o clanes que los protegen, el interés del grupo al que pertenecen siempre prima sobre el interés individual. En este sentido, un conflicto no significa una incompatibilidad de las necesidades individuales sino que “el conflicto en sí perjudica y pone en riesgo la estabilidad de las relaciones y la moral social del grupo. Subyace la idea del conflicto hecho público y de la búsqueda de soluciones fuera del propio grupo ligado al deshonor”⁹⁴.

Como consecuencia, la mediación, siendo un método más privado, amigable y autónomo, satisface perfectamente a los intereses del grupo. Así que el objetivo de la mediación no reside en la satisfacción de los intereses propios de las partes en disputa sino en la recuperación de la relación y la armonía del grupo.

Debido a que la cultura china tiene muy alto colectivismo (con IDV de 20), en la sociedad china se valora más la relación que los intereses individuales y se desarrolla la mediación con el objetivo principal de recuperar la armonía en lugar de la satisfacción de los intereses de las propias partes. En comparación, dado que España tiene medio colectivismo (con IDV de 51), posiblemente en la sociedad española se consideren de igual importancia los intereses individuales y la relación, y se desarrolle la mediación con objetivos de satisfacer los intereses de las propias partes y recuperar la relación.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.* p. 105.

Técnicas utilizadas por el mediador

El índice de Masculinidad versus Femenidad condiciona la elección y el uso de las técnicas y habilidades del mediador.

En una sociedad de baja masculinidad, las personas aprecian los “valores femeninos” como cooperación, modestia, preocupación por los débiles y por la calidad de vida que los “valores masculinos” como fuerza, competición, asertividad y otros, por lo que a les gustan menos los métodos adversariales de resolución de conflictos como la litigación que los métodos pacíficos como la mediación.

Además, este índice influirá las técnicas utilizadas por el mediador durante el proceso. Como bien señala Fajardo, en la sociedad de baja masculinidad el mediador podrá asociarse a un menor nivel de asertividad y búsqueda de intereses materiales o tangibles, y primará el dialogo y la empatía de por sí y no sólo como instrumentos de aproximación a un acuerdo; se tratará de acercar a las partes y no sólo de acercar posturas⁹⁵.

Aunque la sociedad antigua china parece una sociedad de alta masculinidad teniendo en cuenta que su sistema de familias es patriarcal en lo que los hombres deciden todo mientras que las mujeres son subordinadas, recordamos de que este índice de Hofstede se refiere esencialmente a la medida en que el uso de la fuerza es apoyado socialmente, en este sentido, la sociedad china obviamente aprecia más los “valores femeninos” que los “valores masculinos”.

Debido a que China (con MAS de 66) y España (con MAS de 42) tienen un nivel medio de masculinidad, en comparación con los países de alta masculinidad, posiblemente la mediación, como medio pacífico de resolución de conflictos, sea más aceptada en las culturas china y española, dado que es más coherente con muchos valores apreciados en estas dos sociedades; y probablemente, sus mediadores sean menos asertivos, centrándose menos en asuntos tangibles y más en asuntos intangibles.

Actitud de las partes frente al acuerdo

El índice de Orientación a Largo/Corto Plazo condiciona la actitud de las partes durante el desarrollo de la mediación y respecto de posibles opciones de acuerdo. Esta dimensión también es correlacionada con la de Indulgencia versus Contención.

En una sociedad de alto nivel de orientación a largo plazo y de bajo nivel de

95 *Ibid.* p. 107.

indulgencia, durante el proceso de mediación o frente a las posibles opciones de un acuerdo las personas están orientadas al futuro, por ejemplo, valoran más la relación sostenible que los intereses inmediatos; se contienen mucho en el presente esperando lograr algo más grande en el futuro.

Debido a que la cultura china tiene muy alta orientación a largo plazo (con LTO de 87) y muy baja indulgencia (con IND de 24), probablemente los chinos estén más orientados al futuro durante la mediación o frente a un posible acuerdo. En comparación, dado que España tiene media orientación a largo plazo (con LTO de 48) y media indulgencia (con IND de 44), posiblemente los españoles consideren de igual importancia el futuro y el presente bajo la misma situación.

En conclusión, gracias a las investigaciones de Hofstede y sus seguidores por orientarme estos índices culturales, no me he perdido en la categoría enorme de la cultura. Aquí me limito a proponer algunas reflexiones subjetivas sobre las influencias que podrá ejercer la cultura china sobre el desarrollo de la mediación. Algunas correlaciones son obvias, y otras no tanto. Espero con todo corazón algunos datos empíricos del futuro que podrán apoyar mis conclusiones.

4.3. Motivos políticos

Observando la historia de miles años de China, una de las características más destacadas es la unificación mantenida históricamente, desde que Qin Shi Huang estableció el primer Estado unido en 221 a.C. unificando monedas, pesos, medidas, y escrituras. Aunque las situaciones de fragmentación y agitación aparecían a intervalos, la unificación era la forma principal de China.

Durante este período, el resto del mundo existía, en su mayoría, en un estado de división. Algunos históricos describen como *un colchón con parches desordenados políticamente*, dando una metáfora vívida del mapa político de Europa a principios de la Edad Media, señalando que si queremos dibujar un mapa político de la Europa medieval temprana, no podemos sólo mostrar unos pocos Estados nacionales grandes como Francia, Italia y Alemania, sino hay que mostrar cientos de partes pequeñas, como Ducados, Condados, Ciudad-Estados y Estados del Obispo.⁹⁶

96 海斯; 穆恩; 韦兰, 世界史, 三联书店, 1975. p 475. (C. J. H. HAYES; P. T. MOON; J. W. WAYLAND, *World history*, Joint Publishing, 1975. p. 475.)

Para gobernar un país tan grande como China, producir una codificación que abarque todo de todo parece una misión imposible, por lo que los gobernantes eligieron dar más poder de autonomía a grupos locales como familias, clanes y pueblos. Como pone de manifiesto Qin, en la antigua China el poder del país no alcanzaba hasta las aldeas; dentro de las aldeas se situaban los clanes; los clanes disfrutaban de autonomía; la autonomía se basaba en la ética; a través del cumplimiento de la ética los campesinos podían convertirse en señores locales⁹⁷. La mediación, sirviendo de un medio de autogobierno local, logró grandes apoyos de los gobernantes.

La estructura unificada de la sociedad china favorece a los gobernantes en el ámbito de la promoción de una cultura social uniforme. En la dinastía Han Occidental, el Emperador Wu rechazó todas las otras escuelas de pensamientos y respetó sólo el Confucianismo, lo que también era coherente con la preferencia de la mayoría de los chinos en aquél momento, y desde entonces el Confucianismo se convirtió en el pensamiento ortodoxo y la cultura dominante de la sociedad china.⁹⁸

Los emperadores promovían con esfuerzo la cultura de *He* y, en el ámbito de Justicia, la idea de no-litigación en dos aspectos principales: por un lado, reprimían la litigación; por otro lado, fortalecían la mediación. En este sentido, Cohen ha señalado que “el énfasis que China ponía en la mediación emasculó de manera significativa el desarrollo del Derecho a través de procesos legislativos y judiciales”⁹⁹.

4.3.1. Suprimir la litigación en dos sentidos

Con el fin de suprimir la litigación, los gobernantes tomaron medidas principalmente en dos aspectos.

En primer lugar, litigación desdeñada. Los gobernantes siempre vinculaban el aumento de los litigios con la falta de educación y con la malicia y maldad, que representaban un empeoramiento de la moralidad pública. Los emperadores nunca ocultaban su aversión hacia los litigios e hicieron hin-

97 秦晖, “传统中华帝国的乡村基层控制: 汉唐间的乡村组织”, 载黄宗智主编: 《中国乡村研究》第一辑, 商务印书馆, 2003. (QIN HUI, “Control sobre las comunidades rurales del imperio tradicional chino: organizaciones rurales durante las dinastías Han y Tang”, en HUANG ZONGZHI (ed.) *Estudios rurales de China (I)*, Commercial Press, 2003.)

98 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 18. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 18.)

99 J. COHEN, “Chinese Mediation on the Eve of Modernization”, cit.

capié especial en los riesgos que la litigación podría traer.¹⁰⁰ Como apuntó Emperador Kangxi, cuyo largo reinado (1662-1722) influyó profundamente el desarrollo de la Dinastía Qing:

*...lawsuits would tend to increase to a frightful amount, if people were not afraid of the tribunals, and if they felt confident of always finding in them ready and perfect justice. As man is apt to delude himself concerning his own interests, contests would then be interminable, and the half of the Empire would not suffice to settle the lawsuits of the other half. I desire, therefore, that those who have recourse to the tribunals should be treated without any pity, and in such a manner that they shall be disgusted with law, and tremble to appear before a magistrate...*¹⁰¹

Debido a las ideas de litigación desdeñada, existía una oposición general contra la profesión del abogado y sus conductas de asistencia a los litigios. Como pone de manifiesto Fei, situado en la sociedad rural, al hablar del abogado, se lo asocia a vicios como el de sembrar discordia. Los abogados no tienen posición en este tipo de sociedad¹⁰². Algunos juristas opinan que esto es una explicación de las diferencias entre Oriente y Occidente respecto a la cultura de resolución de disputas.

Como pone de manifiesto Fan, por mucho tiempo a los países de Lejano Oriente les faltan grupos profesionales fuertes y creíbles del Derecho. Sus grupos profesionales no son capaces de establecer monopolio ni autoridad sobre los asuntos jurídicos y sobre la resolución de disputas basándose en su propia profesionalización y disciplina; sus propios intereses y voces ejercen una influencia muy limitada a la sociedad; tampoco pueden heredar y desarrollar factores técnicos del Derecho. No se puede comparar con las funciones que tiene la profesión jurídica en las sociedades occidentales¹⁰³.

En segundo lugar, litigación calmada. Se refiere a que colocaban intencionadamente varios obstáculos en el sistema judicial para reducir los litigios, específicamente en tres aspectos:

100 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 49-50. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 49-50.)

101 T. R. JERNIGAN, *China in law and commerce*, Kirtas Technologies, New York, 2016. p. 191.

102 费孝通, 乡土中国 生育制度, 北京大学出版社, 1998. (FEI XIAOTONG, *China rural: sistema reproductivo*, Editorial de la Universidad de Beijing, 1998.)

103 范愉, “纠纷解决与社会和谐”, cit. p. 50. (FAN YU, “La resolución de disputas y la armonía social”, cit. p. 50.)

- Limitar la acusación. De acuerdo con el *Código de Tang*¹⁰⁴, si uno demandaba a personas como familiares, mayores, abuelos o marido, aunque fuera verdad, debería estar encarcelado por dos años (art. 346). Li Qingzhao, poetisa famosa de la dinastía Song, demandó a su marido por fraude, como consecuencia, su marido fue expulsado y ella también fue condenada a dos años de prisión. También se disponían muchas restricciones al derecho a demandar relativas a esclavos (art. 349), personas mayores de 80 años y menores de 10 años, enfermos crónicos y prisioneros (art. 352).

En las leyes de Qing también se encontraban disposiciones similares como: del primero de abril al 30 de julio de cada año cuando era la temporada de la agricultura, estaba prohibido aceptar demandas salvo por delitos graves como conspiración contra el Estado, robo, asesinato, fraude y otros¹⁰⁵.

- Prohibir las conductas favorables a la litigación. El *Código de Tang*¹⁰⁶ disponía que si uno ayudara a otros en la elaboración de la denuncia y exagerara los hechos, recibiría cincuenta palizas (art. 356); si uno ayudara a otros a demandar a los mayores o familiares, recibiría sanciones (art. 357). Con el fin de vigilar la cultura litigante, los gobernantes de vez en cuando publicaban anuncios de prohibición de los litigios¹⁰⁷ y castigaban a los que instigaran a la litigación, y más aún, durante las dinastías Ming y Qing se estableció especialmente un delito para impedir tal conducta¹⁰⁸.

- Otras disposiciones desfavorables a la litigación. Por ejemplo, de acuerdo con el *Código de Tang*¹⁰⁹, una vez aceptado el caso, primero interrogaban al acusado mediante torturas (art. 476); cuando alcanzaran el límite de cantidad de torturas y el acusado aún se declarara inocente, le tocaría al demandante recibir las torturas (art. 478); incluso era posible torturar a los testigos. Esta

104 Vid. en: 长孙无忌等编修, 唐律疏议, 卷二十四. (ZHANGSUN WUJI Y OTROS (eds), *Código de Tang*, vol. 24.)

105 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 51. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 51.)

106 Vid. en: 长孙无忌等编修, 唐律疏议, 卷二十四, cit. (ZHANGSUN WUJI Y OTROS (eds), *Código de Tang*, vol. 24, cit.)

107 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 52. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 52.)

108 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 27. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 27.)

109 Vid. en: 长孙无忌等编修, 唐律疏议, 卷二十九. (ZHANGSUN WUJI Y OTROS (eds), *Código de Tang*, vol. 29.)

disposición permitía que todos involucrados en el proceso judicial tenían la posibilidad de sufrir de alguna manera.

Debido a la cultura tradicional china de *He* y los esfuerzos de desdeñar y calmar la litigación por los gobernantes, los chinos generaron sentimientos de odio y miedo a la litigación. Cohen comienza su artículo con un proverbio chino que refleja de manera clara la antipatía de los chinos por la litigación: *it is better to die of starvation than to become a thief; it is better to be vexed to death than to bring a lawsuit*¹¹⁰.

Bajo esta situación, una vez sucedida una disputa, preferían y, en cierto sentido, se vieron obligados a acudir a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos como la mediación. Como pone de manifiesto Sprenkel, la sociedad rural es una sociedad contra la litigación (*anti-litigation-societies*), debido a que la armonía tiene la prioridad respecto a todo, incluso la armonía aparente es mejor que hacerse públicos los conflictos existentes. Dentro de los clanes, comunidades locales, gremios y otros grupos, los individuos se ven limitados de todas formas, lo que se apoya por las autoridades. Entonces las disputas se resuelven, paso a paso, dentro de estos grupos; uno no acudirá a los procesos judiciales nunca hasta que se le haya agotado todos los recursos¹¹¹.

4.3.2. Fortalecer la mediación

Los gobernantes de la antigua China fomentaban decididamente el instrumento de mediación. En primer lugar, la cantidad y la complejidad de los litigios se consideraban un criterio para determinar los rendimientos de los funcionarios locales: cuan menos fueran el número y la complejidad de los litigios, serían más valorados. Por lo tanto, era una práctica común para ellos evitar la litigación mediante la mediación.

Los libros históricos no dejan de dar homenaje a los funcionarios que realizaban mediación para las partes en disputa (varios ya mencionados antes), lo que se convirtió en un complejo para los funcionarios chinos, decididos a ser buenos funcionarios, dejando su nombre en la página de la historia. Todo

110 J. COHEN, "Chinese Mediation on the Eve of Modernization", cit.

111 VAN DER SPRENKEL, *Legal Institution in Manchu China*, 1962. Cit. en: 林端, 儒家伦理与法律文化: 社会学观点的探索, 中国政法大学出版社, 北京, 2002. (LIN DUAN, *Ética confuciana y cultura jurídica: una exploración desde el punto de vista sociológico*, Editorial de la Universidad China de Ciencias Políticas, Beijing, 2002.)

esto promovía en gran medida la mediación realizada por los gobiernos, fuera judicial o extrajudicial.

En segundo lugar, los gobernantes otorgaban mucha importancia al desarrollo de las organizaciones locales como Shen Ming Ting y Xiangyue de Ming, Baojia de Qing, etc., dándoles autoridad y autonomía para que pudieran resolver las disputas ellas mismas. Como consecuencia, la mayoría de las disputas civiles se solucionaron por estas organizaciones locales. Incluso en los casos de que se presentara la demanda a la autoridad judicial, el juez a menudo autorizaría que los jefes de tales organizaciones hicieran una mediación, lo que daría apoyos e incentivos a la mediación no gubernamental.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES AL SISTEMA DE MEDIACIÓN POPULAR

1. Introducción

Zhu et alii realizan en la Universidad de Renmin un *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho* (en adelante, *Informe de 2011*) que recoge el uso de los ADRs en China. En este *Informe de 2011* se introducen los cinco modelos de mediación más utilizados en la actual China, que son mediación popular, mediación intrajudicial, mediación administrativa, mediación de la Asociación de Consumidores y mediación de disputas especializadas:¹

- Mediación intrajudicial, que generalmente se refiere a la mediación en casos civiles por parte del tribunal popular. Además, aunque la legislación dispone lo contrario, en la práctica, también realizan mediación intrajudicial en casos penales y administrativos;

- Mediación administrativa, que se refiere a la mediación de disputas por el personal de un órgano administrativo o de una institución de resolución de controversias establecida por éste;

- Mediación de la Asociación de Consumidores, que se refiere a la mediación en que bajo el auspicio de las Asociaciones de Consumidores u otras organizaciones de consumidores, los consumidores y operadores de empresas negocian y se ponen de acuerdo sobre las disputas de consumo, de acuerdo con los principios de voluntariedad e igualdad;

- Mediación de disputas especializadas, que se refiere a la mediación de aquellas disputas que surjan en un contexto particular de vida o de trabajo;

- Mediación popular, que se refiere a una actividad extrajudicial de resolución de disputas en que bajo el auspicio del Comité de Mediación Popular,

1 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, 中国人民大学出版社, 北京, 2011. pp. 298-299. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, Editorial de Universidad Renmin de China, Beijing, 2011. pp. 298-299.) También alguna doctrina añade como una clase más la mediación en el arbitraje. Vid. en: 邱星美, 调解的回顾与展望, cit. pp. 63-84. (QIU XINGMEI, *Mirando hacia atrás y futuro de la mediación*, cit. pp. 63-84.); 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 6-12. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 6-12.)

organización autónoma de las masas², las partes en disputa voluntariamente negocian y alcanzan un acuerdo, con la ayuda de persuasión, convencimiento y educación del mediador popular.

El sistema de mediación popular fue un trabajo pionero del Partido Comunista de la R. P. China en el proceso de construcción del sistema legal social a nivel de bases, surgiendo y desarrollándose sobre la base de los factores razonables del sistema histórico de mediación.³

En estos dos capítulos siguientes, voy a dedicarme a la mediación popular debido a que cuantitativamente consiste en el modelo de mediación más utilizado en China, y culturalmente cuenta con algunas raíces muy importantes.

Como bien señala Fan, la mediación en China es, absolutamente más que una técnica o método de resolución de disputas, una existencia institucional de la gobernanza social, por lo tanto, no se puede realizar una investigación sobre la mediación considerándola únicamente como método de resolución de disputas, sino también como parte de la gobernanza social, combinándola con el contexto de la transformación social⁴.

Así que he investigado los antecedentes de la mediación popular en cuatro etapas clasificadas de acuerdo con la transformación social de China que son: etapa de las Guerras Civiles Revolucionarias (1919-1937), etapa de la Segunda Guerra Chino-Japonesa (1937-1949), etapa de la fundación de la R. P. China (1949-1978) y etapa de la Reforma y Apertura (1978-ahora)⁵.

2. Etapa de las Guerras Civiles Revolucionarias

2.1. Primera Guerra Civil Revolucionaria

El sistema de mediación popular, en sentido moderno, se puede remontar

2 Las masas es un concepto muy vinculado a la cultura china: por un lado se refiere al colectivo de personas o la mayoría de los habitantes; y por otro lado, se refiere a las personas que no son miembros del Partido Comunista de China o de la Liga Juvenil Comunista.

3 肖扬, “推进人民调解制度的完善”, 人民日报, 2002. (XIAO YANG, “Promoción de la mejora del sistema de mediación popular”, *Diario del Pueblo*, 2002.)

4 范愉, “调解的重构 - 以法院调解的改革为重点”, 法制与社会发展, 2, 3, 2004. p. 115. (FAN YU, “Reconstrucción de la mediación - enfoque en la reforma de la mediación intrajudicial”, *Sistema Jurídico y Desarrollo Social*, 2 y 3, 2004. p. 115.)

5 Aquí los años del inicio y del fin de las etapas, que no son exactos, sirven sólo para dar a los lectores un concepto básico acerca de los tiempos.

a los comienzos de la década de 1920 y a los movimientos campesinos y obreros en la Primera Guerra Civil Revolucionaria.⁶ A continuación, veamos dos ejemplos del movimiento campesino y uno obrero.

En lo que toca al movimiento campesino, nos referimos a uno del condado de Xiaoshan de la provincia de Zhejiang y otro del condado de Haifeng de la provincia de Guangdong. De hecho, un gran número de movimientos similares sucedieron en muchas tierras de China durante aquella época.

En el primero de ellos, la Asociación de Agricultores de Yaqian, establecida por Shen Dingyi en Xiaoshan, fue el primer movimiento campesino organizado, programado y dirigido por el Partido Comunista Chino. Aunque no duró mucho tiempo, dejó una gran influencia.⁷

En el artículo 5 del *Reglamento de la Asociación de Agricultores de Yaqian* se disponía que siempre que fueran miembros de la Asociación, quienes tuvieran una disputa personal deberían informar sobre ella a los miembros del comité encargados de discutir asuntos oficiales, los cuales la solucionarían a través de un procedimiento en el que las partes participaran; en el caso de que la disputa fuera grave, se resolvería por una reunión entre todos los miembros del comité⁸.

Como ha comentado Tanaka en su artículo *Movimientos Campesinos Chinos (1924)*, la circunstancia de que en esta experiencia se resolvieran las disputas de los miembros dentro de la propia Asociación tenía como consecuencia que se redujeran los litigios de los que se hubieran tenido que ocupar funcionarios como policías o jefes del condado; que los agricultores consiguieran liberarse de la represión oficial; y que la solución obtenida fuera más justa que la dada por los funcionarios⁹.

Como segunda experiencia, en julio de 1921, Peng Pai fundó la Asociación *Seis Personas* en Haifeng. Consideró que la circunstancia de que los agricul-

6 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 44. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 44.)

7 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 59. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 59.)

8 中共浙江省委党史资料征集委员会; 中共萧山县党史资料征集委员会 (EDS.), 衙前农民运动, 中共党史资料出版社, 北京, 1987. (COMITÉ DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN DEL COMITÉ DEL PARTIDO Y COMITÉ PROVINCIAL DE ZHEJIANG DEL PARTIDO COMUNISTA CHINO; COMITÉ DE RECOLECCIÓN DE HISTORIAS DEL PARTIDO DEL COMITÉ DEL CONDADO DE XIAOSHAN DEL PARTIDO COMUNISTA CHINO (EDS.), *Movimiento Campesino de Yaqian*, Editorial de Historias del Partido Comunista Chino, Beijing, 1987.)

9 Cit. en: *Ibid.*

tores tuvieran disputas era aprovechada por los ricos rurales: los agricultores demandaban ante las autoridades oficiales y se producía su quiebra en muchas ocasiones, dada la tardanza en la resolución y el alto coste para ellos, con lo que el proceso era ganado por los ricos.¹⁰

Por lo tanto, la Asociación estableció que siempre que se produjera una disputa entre los miembros, las partes deberían informar primero a la Asociación. De no realizarse el dicho informe y por el contrario acudirse a los nobles rurales o a las oficinas del gobierno, independientemente de si el solicitante tuviera razón, se lo declararía excluido de la lista y la Asociación ayudaría con todo su esfuerzo a su adversario, al otro miembro. Para el caso de que un miembro tuviera disputa con alguna persona que no fuera miembro de la Asociación, también debía informarse a esta primero. Paralelamente a lo regulado con las disputas de miembros, en el caso de que el campesino no informara del conflicto y se encontrara tramitando una disputa con los propietarios de tierras, si fracasara en las negociaciones la Asociación no tomaría ninguna responsabilidad.¹¹

Como la Asociación ayudó a los agricultores en la resolución de disputas, el número de miembros creció en general, se desarrolló y en 1923, se convirtió en la Asociación Campesina de Haifeng, por primera vez en la historia de la revolución moderna china una asociación campesina a nivel del condado. En esta Asociación se estableció especialmente un Departamento de Arbitraje, cuyo cargo consistía en desarrollar funciones de resolución de conflictos. La Asociación no sólo solucionaba los conflictos para los agricultores sino que también intentaba atacar los vicios del sistema social de propiedad privada durante tal proceso.¹²

El Departamento del Arbitraje resolvió una gran cantidad de disputas, entre ellas: las disputas sobre el matrimonio eran las más comunes, ocupando el 30%; las relativas a la deuda, un 20%; las disputas sobre el alquiler, 15%; las disputas sobre la competencia industrial, 15%; las disputas sobre la supersunción, 10%; las disputas relativas al asesinato, 1%; las relativas a la violación

10 叶左能; 蔡福谋, 海陆丰农民运动, 中共中央党校出版社, 北京, 1993. (YE ZUONENG; CAI FUMOU, *Movimientos campesinos de Hailufeng*, Editorial de Escuela del Partido del Comité Central del Partido Comunista de China, Beijing, 1993.); 澎湃, 海丰农民运动, 作家出版社, 北京, 1960. (PENG PAI, *Movimientos campesinos de Haifeng*, Editorial de los Escritores, Beijing, 1960.)

11 *Ibid.*

12 澎湃, 海丰农民运动, cit. (PENG PAI, *Movimientos campesinos de Haifeng*, cit.)

del reglamento de la Asociación, 1%; y otras, 8%.¹³ Observamos que solucio-
naba principalmente disputas civiles, pero que también involucraba algunos
casos criminales.

En cuanto a la práctica de métodos de resolución de conflictos cercanos
a la mediación en los movimientos obreros, se puede destacar el Comité de
Juzgar del Club de los Mineros de Anyuan como ejemplo. Según el artículo 12
de las *Reglas del Trabajo del Club de los Mineros de Anyuan (septiembre de
1923)*, siempre que se produjera una disputa entre miembros o entre miem-
bro y no miembro, se la resolvería por el Comité de Juzgar¹⁴.

En resumen, como pone de manifiesto Hong, durante el período de la Pri-
mera Guerra Civil Revolucionaria, los movimientos obreros y campesinos
estaban en su pleno desarrollo. La sociedad china estaba experimentando
enormes cambios y los métodos de resolución de disputas también lo hacían:
la mediación popular ya no estaba dominada principalmente por familias,
clanes o relaciones éticas, sino que se convirtió en método de carácter más
institucional, tomando las asociaciones campesinas el rol de protagonista ab-
soluta.

Estas nuevas organizaciones de resolución de conflictos, en las que los re-
presentantes elegidos por obreros y campesinos dirigían los procedimientos
y utilizaban como fuente principal el programa revolucionario del Partido
Comunista, los estatutos formulados en los movimientos obrero-campesino
y las costumbres avanzadas para determinar la decisión, dando así una solu-
ción justa y razonable a las partes en disputa, contribuyendo al prototipo del
sistema de mediación popular de China¹⁵.

2.2. Segunda Guerra Civil Revolucionaria

Durante el período de la Segunda Guerra Civil Revolucionaria, el Artícu-
lo 17 de las *Regulaciones Orgánicas Provisionales de los Gobiernos Locales
Soviéticos*, aprobadas por la Primera Sesión Plenaria del Comité Ejecutivo
Central de la República Soviética de China en noviembre de 1931, disponía

¹³ *Ibid.*

¹⁴ 唐宝林 (ed.), 刘少奇与安源工人运动, 中国社会科学出版社, 1981. (TANG BAOLIN
(ed.), *Liu Shaoqi y movimientos obreros de Anyuan*, Editorial de Ciencias Sociales Chi-
nas, 1981.)

¹⁵ 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. pp. 45-46. (HONG DONGYING, *Estudio sobre
los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. pp. 45-46.)

que *el municipio soviético tenía la competencia a resolver las disputas siempre que no se involucraran actos criminales*, lo que marcó el comienzo del proceso de legalización de la mediación popular. En virtud de esta disposición, en la práctica, algunas zonas soviéticas, como las provincias de Sichuan y de Shanxi, dispusieron de manera clara que el pueblo soviético se encargaba directamente de la resolución de disputas; si el pueblo y municipio soviético encontraban alguna disputa imposible de resolver, podrían transferirla al distrito soviético para una mediación; el pueblo, el municipio y el distrito tenían la autoridad de demandar ante el tribunal revolucionario del condado sobre temas importantes.¹⁶

En términos estrictos, se trata de un tipo de mediación realizada por el gobierno, diferente a la mediación intrajudicial y calificada como mediación popular.¹⁷

Según Hong, la mediación popular en las zonas soviéticas tenía los rasgos siguientes:

- Los casos mediables eran disputas civiles que no implicaban actos criminales;

- La mediación del gobierno consistía en la forma principal de desarrollo del procedimiento, y era dirigida por los gobiernos locales soviéticos o las personas especialmente designadas por ellos;

- Se aplicaba el sistema de mediación a diferentes niveles, de abajo a arriba, y de forma consecutiva.¹⁸

Durante estos tiempos iniciales de la mediación popular, aún no se establecieron procedimientos y principios determinados e integrales para la mediación, tampoco se aplicó universalmente en todas las zonas, si bien se habían proporcionado condiciones favorables para la formación y el desarrollo del sistema posterior de mediación popular.¹⁹

¹⁶ *Ibid.* p. 46.

¹⁷ 江伟; 杨荣新 (eds.), 人民调解学概论, 法律出版社, 1990. (JIANG WEI; YANG RONGXIN (eds.), *Introducción a la mediación popular*, Editorial del Derecho, 1990.)

¹⁸ 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 46. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 46.)

¹⁹ 张希坡; 韩延龙 (eds.), 中国革命法制史 (上), 中国社会科学出版社, 1987. (ZHANG XIPO; HAN YANLONG (eds.), *Historias del sistema legal de la revolución china (I)*, Editorial de Ciencias Sociales Chinas, 1987.)

3. Etapa de la Segunda Guerra Chino-Japonesa

Durante la Segunda Guerra Chino-Japonesa, los gobiernos democráticos de cada base de apoyo antijaponesa defendieron y apoyaron con un gran esfuerzo diversas formas de mediación popular, estableciendo para ello un alto número de comités de mediación popular. El objetivo era reforzar la solidaridad interna de las personas, consolidar el frente único antijaponés, aliviar a la gente cansada de los litigios, ahorrar recursos humanos y financieros, mejorar la eficiencia administrativa y promover el desarrollo continuo de la producción. Esta iniciativa impulsó la formación y el desarrollo del sistema de mediación popular.²⁰

Desde 1941, los gobiernos populares de cada base de apoyo antijaponesa promulgaron sucesivamente reglamentos, directivas, decisiones, medidas y otras normas relativas a la mediación, aplicables a su región. Así, por ejemplo, los *Reglamentos Orgánicos Provisionales del Comité de Mediación de la Provincia de Shandong* (18 de abril de 1941), aprobados por el gobierno democrático antijaponés de Shandong; las *Medidas Provisionales de Mediación del Pueblo de Jinxibei* (1 de marzo de 1942), emitidas por la oficina administrativa de Jinxibei; la *Ordenanza sobre el Trabajo de Mediación de los Pueblos Administrativos de la Zona Fronteriza de Jinchaji* (1 de abril de 1942), promulgada por el comité administrativo de la zona fronteriza de Jinchaji; la *Ordenanza sobre la mediación en casos civiles y penales de la Zona Fronteriza de Shanganning* (11 de junio de 1943), promulgada por el gobierno popular de la zona fronteriza de Shanganning; el *Programa de Organización del Comité de Mediación de la Zona de Jiluyu de la Zona Fronteriza de Jinjiluyu*, promulgado por el comité administrativo de la zona fronteriza de Jinchaji en 1944; la *Carta de Instrucciones sobre la Popularización de Mediación, el Resumen de Precedentes y la Limpieza de Prisión*, emitida por el gobierno popular de la zona fronteriza de Shanganning en 1944; los *Reglamentos Orgánicos Provisionales del Comité de Mediación de los Pueblos de la Zona del Mar Bo de Shandong*, promulgados por la oficina administrativa de la zona del Mar Bo en 1944; los *Reglamentos Actualizados del Comité de Mediación de la Zona del Mar Huai*, promulgados por la oficina de comisionado de la zona del Mar Huai en 1944; las *Medidas Provisionales de Mediación de Disputas Civiles de la Zona de Suzhong*, emitidas por la oficina administrativa de Suzhong en

²⁰ 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 62. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 62.)

1945; las *Instrucciones sobre la Realización del Trabajo de Mediación y Órdenes sobre Hacer Cumplir Rigurosamente la Mediación en Casos Cíviles*, promulgados por el gobierno popular de la provincia de Shandong en 1945 o la *Ordenanza sobre la Mediación Civil y Penal de la Zona de Jinan*, emitida por la oficina administrativa de Jinan en 1946, etc.²¹

Desde 1948 hasta la fundación de la Nueva China, algunas áreas recién liberadas también desarrollaron regulaciones en relación con el procedimiento de mediación. Por ejemplo, los *Reglamentos Provisionales de Mediación de los Pueblos Administrativos de la Zona de Guandong (borradores) de marzo de 1948*; la *Decisión sobre la Mediación de Disputas Cíviles (25 de febrero de 1949)*, emitida por el gobierno popular de Huabei²² o los *Reglamentos Provisionales sobre el Proceso de Mediación (15 de marzo de 1949)*, expedidos por el gobierno popular de la ciudad de Tianjin, etc.²³

Como pone de manifiesto Hong, la promulgación de estas normas e instrucciones especiales manifiesta que la mediación, ya habiendo persistido por mucho tiempo en la práctica, se determinó por fin en la forma del Derecho y obtuvo el efecto universal de cumplimiento, lo que promovió su institucionalización y legalización²⁴.

En resumen, durante esta etapa, “la mediación popular inició el proceso de institucionalización y legalización, e hizo grandes logros como la creación del término ‘Comité de Mediación Popular’ y la formación de los tres principios básicos de la mediación popular, lo que acumuló abundantes experiencias para su desarrollo después de la fundación de la nueva China”²⁵.

21 江伟; 杨荣新 (eds.), 人民调解学概论, cit. (JIANG WEI; YANG RONGXIN (eds.), *Introducción a la Mediación Popular*, cit.); 常怡 (ed.), 中国调解制度, 重庆出版社, 1990. (CHANG YI (ed.), *Sistema Chino de Mediación*, Editorial de Chongqing, 1990.)

22 Cabe indicar que a pesar de que esta Decisión consistía en un resumen científico del trabajo de mediación de las vastas zonas rurales de Huabei, los principios establecidos por ella también fueron aplicables a las ciudades, por lo que constituía el punto de partida y símbolo de que la mediación popular se desarrolló desde las zonas rurales hasta las urbanas. Vid. en: 张希坡; 韩延龙 (eds.), 中国革命法制史 (上), cit. (ZHANG XIPO; HAN YANLONG (eds.), *Historias del sistema legal de la revolución china (I)*, cit.)

23 江伟; 杨荣新 (eds.), 人民调解学概论, cit. (JIANG WEI; YANG RONGXIN (eds.), *Introducción a la Mediación Popular*, cit.); 常怡 (ed.), 中国调解制度, cit. (CHANG YI (ed.), *Sistema Chino de Mediación*, cit.)

24 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 48. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 48.)

25 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 300. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 300.)

4. Etapa de la fundación de la R. P. China

A medida de que la fundación de la R. P. China marcó el comienzo de una nueva era en la historia, la mediación popular también entró en una nueva etapa de desarrollo. Debido a que durante la Nueva Revolución Democrática²⁶ el sistema de mediación popular sólo se aplicaba a las zonas rurales, la tarea principal de este período consistió en explorar cómo hacer este sistema aplicable también a las zonas urbanas para atender las necesidades de la construcción económica en tiempos de paz.²⁷

En las *Instrucciones sobre el Fortalecimiento de la Administración de Justicia*, expedidas por el Consejo de Administración del Gobierno Popular Central el 3 de noviembre de 1950, se indicaba que la Administración de Justicia debía hacer frente a la gestión de disputas surgidas entre el pueblo²⁸, dar atención suficiente a este tipo de casos civiles y tratar de adoptar el método de mediación popular para reducir los litigios. En la Segunda Conferencia Nacional de Justicia, celebrada en abril de 1953, se dio una alta valoración a la mediación popular y se determinó el establecimiento y la mejora de las organizaciones de mediación popular a nivel nacional.²⁹

Según estadísticas incompletas, desde el establecimiento de la R. P. China hasta 1954, muchas provincias, ciudades, comunidades autónomas y regiones administrativas elaboraron y publicaron una serie de disposiciones e instrucciones para fortalecer la mediación popular.³⁰

26 Un concepto de la etapa histórica creado por Mao Zedong, referido al período desde el Movimiento del Cuarto de Mayo de 1919 hasta la fundación de la República Popular China en 1949.

27 韩延龙, “人民调解制度的形成和发展”, 中国法学, 3, 1987. p. 42. (HAN YANLONG, “Formación y desarrollo del sistema de mediación popular”, *Ciencias Jurídicas de China*, 3, 1987. p. 42.)

28 Según la teoría maoísta, los conflictos de la sociedad en ese momento se dividían en dos tipos diferentes: conflicto con el enemigo y conflicto entre el pueblo, que debían ser tratados utilizando diferentes maneras. Vid. más en: 毛泽东, 关于正确处理人民内部矛盾的问题 (讲话稿), 一九五七年二月二十七日. (MAO ZEDONG, Discurso sobre el Manejo Correcto de las Contradicciones entre el Pueblo, 27 de febrero de 1957.)

29 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 64. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 64.)

30 韩延龙, “我国人民调解工作的三十年”, 法学研究, 2, 1981. p. 44. (HAN YANLONG, “Nuestros treinta años del trabajo de mediación popular”, *Investigación en Ciencias Jurídicas*, 2, 1981. p. 44.)

Y finalmente, en 22 de marzo de 1954, el Consejo de Administración del Gobierno Popular Central promulgó las *Reglas Generales Interinas del Comité de Mediación Popular* (en adelante, las *Reglas Generales Interinas*), de 11 artículos que regulaban de manera integral y sistemática para los Comités de Mediación Popular, concretamente su naturaleza, misión, organización, principios que regulaban las actividades, sistemas y métodos del trabajo, a la vez que estableció el estatus y el papel de la mediación popular en la construcción del sistema legal socialista.³¹

La promulgación y aplicación de las *Reglas Generales Interinas* unificó por primera vez el sistema de mediación popular a nivel nacional, reconoció explícitamente el Comité de Mediación Popular como la única organización de masas con estatus legal para mediar en las disputas civiles, y constituyó la base jurídica básica para llevar a cabo la mediación popular en todo el país.³²

Las *Reglas Generales Interinas* determinaron que en China los Comités de Mediación Popular eran organizaciones de las masas para desarrollar mediación en las disputas civiles, dirigidas por los gobiernos y tribunales populares básicos. Además, recogieron algunas modificaciones respecto a las regulaciones anteriores:

- Cambió el concepto y la naturaleza de la mediación popular: ya no incluía la mediación del gobierno y la mediación intrajudicial;
- Separó los Comités de Mediación Popular de los gobiernos populares;
- Ajustó la estructura de configuración de los Comités de Mediación Popular, estableciéndolos en unidad de municipios a nivel rural y en unidad de calles o áreas bajo la jurisdicción de comisarías a nivel urbano;
- Identificó el alcance de casos de los Comités de Mediación Popular, limitándolo a disputas civiles y casos penales de menor importancia entre individuos sin aceptar las disputas que implicaran relaciones público-privado o relaciones laborales.³³

En abril de 1954, el Ministerio de Justicia promulgó las *Instrucciones sobre las Reglas Generales Interinas del Comité de Mediación Popular*, que

31 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 64. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 64.)

32 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 70. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 70.)

33 常怡 (ed.), 中国调解制度, cit. (CHANG YI (ed.), *Sistema chino de mediación*, cit.)

ofrecían una descripción detallada desde los cuatro aspectos del Comité de Mediación Popular: organización y dirección, tareas, principios, métodos y sistemas del trabajo. El Ministerio de Justicia publicó también el 29 de abril la *Notificación sobre el Fortalecimiento de la Mediación Civil*.³⁴

Después de la promulgación de las *Reglas Generales Interinas* y los documentos relacionados, la mediación popular logró un desarrollo rápido y comprensivo. Hasta diciembre de 1954, en menos de 10 meses, existían ya más de 155,100 Comités de Mediación Popular en el país.³⁵ A finales de 1955, China contaba con más de 170,000 Comités de Mediación Popular y más de un millón de mediadores en el 70% de todos los municipios y calles que resolvieron un gran número de disputas civiles.³⁶

No obstante, desde el año 1957, debido a las influencias de la ideología de izquierda y más tarde la Revolución Cultural, el sistema de mediación popular, como otras instituciones jurídicas, quedó paralizado.³⁷

5. Etapa de la Reforma y Apertura³⁸

A partir de la III Sesión Plenaria del XI Comité Central del Partido Comunista de China, celebrada en diciembre de 1978, los Comités de Mediación Popular y su trabajo consiguieron una recuperación y desarrollo rápido.

En enero de 1980, el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional

34 Vid. más en: 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. pp. 70-71. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. pp. 70-71.)

35 韩延龙, “我国人民调解工作的三十年”, cit. (HAN YANLONG, “Nuestros treinta años del trabajo de mediación popular”, cit.)

36 法学教材编辑部; 民事诉讼法资料选编编选组 (eds.), “司法部关于加强人民调解委员会工作的通知 (1957年7月4日)”, 民事诉讼法资料选编, 法律出版社, 1987. (DEPARTAMENTO DE EDICIÓN DE LIBROS DE TEXTO DE DERECHO; GRUPO DE EDICIÓN DE SELECCIÓN MATERIAL DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL (eds.), “Comunicado del Ministerio de Justicia sobre el fortalecimiento del trabajo del Comité de Mediación Popular (4 de julio de 1957)”, en *Selección material de la Ley del Procedimiento Civil*, Editorial del Derecho, 1987.)

37 Vid. más en: 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. pp. 71-74. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. pp. 71-74.); 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 64-65. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 64-65.)

38 La Reforma y Apertura (o la Reforma Económica China), que se inició en diciembre de 1978, dirigida por Deng Xiaoping, dejó cambios enormes en la sociedad china.

aprobó la republicación de las *Reglas Generales Interinas* con algunas modificaciones.

En agosto de 1981, se convocó la Primera Reunión Nacional sobre el Trabajo de Mediación Popular, en que se resumieron e intercambiaron experiencias del trabajo de los Comités de Mediación Popular, y se otorgaron premios a los individuos y colectivos avanzados.

Durante esta reunión, Wang resumió los logros principales de la labor de mediación popular desde 1973: en 1979, de acuerdo con estadísticas incompletas de 14 provincias y ciudades, había un total de 3 millones de disputas resueltas por la Mediación Popular. En 1980, según estadísticas incompletas nacionales, había, en total, más de 6,12 millones de disputas resueltas por la Mediación Popular, aproximadamente equivalentes a las 10,8 veces de los casos civiles aceptados por los tribunales populares de primera instancia. Había, en total, más de 810.000 organizaciones de mediación en el país, entre ellas: más de 547.000 creadas por equipos de producción rural; más de 40.000 fundadas por comités de residentes urbanos; más de 70.000 construídas por industrias de fábricas y minas; y más de 123.000 de otros tipos. Y había un total de más de 5,75 millones de mediadores.³⁹

Además, Wang indicó que la resolución oportuna de un alto número de disputas civiles por medio de la mediación no sólo redujo en gran medida los litigios del tribunal, sino que también impidió la intensificación de los conflictos, desempeñando un papel activo para prevenir los delitos y mantener el orden social.⁴⁰

Después de la Primera Reunión Nacional del Trabajo de Mediación Popular, el sistema de mediación popular se desarrolló rápidamente. A finales de 1983, se recuperaron y se reconstruyeron alrededor de 930.000 Comités de Mediación Popular, con un aumento del 14.2% a partir de la rehabilitación inicial, entre ellos se encontraban unos 730.000 comités de mediación de aldeanos, unos 60.000 comités de mediación de residentes, unos 140.000

39 法学教材编辑部: 民事诉讼法资料选编编选组 (eds.), “王悦尘同志在第一次全国人民调解工作会议结束时的总结讲话 (1981年8月26日)”, 民事诉讼法资料选编, 法律出版社, 1987. (DEPARTAMENTO DE EDICIÓN DE LIBROS DE TEXTO DE DERECHO; GRUPO DE EDICIÓN DE SELECCIÓN MATERIAL DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL (eds.), “Comentarios finales de Wang Yuechen al final de la Primera Reunión Nacional del Trabajo de Mediación Popular (26 de agosto de 1981)”, en *Selección material de la Ley del Procedimiento Civil*, Editorial del Derecho, 1987.)

40 *Ibid.*

comités de mediación de industrias de fábricas y minas, y existían en la época alrededor de 5,55 millones de mediadores.⁴¹

En marzo de 1982, el Comité Permanente del V Congreso Popular Nacional publicó una ley fundamental del Estado durante un período (a prueba): la *Ley de Enjuiciamiento Civil de la República Popular China*, que estableció una relación entre el sistema de mediación popular y los procesos civiles. En su artículo 6 se disponía que en cuanto al juicio de casos civiles, los tribunales populares debían centrarse en la mediación; si la mediación fracasaba, deberían dictar la decisión de manera oportuna⁴².

En diciembre del mismo año, la Quinta Sesión del V Congreso Popular Nacional aprobó la *Constitución de la República Popular China*, en la que se ha incorporado el sistema de mediación popular, disponiendo el segundo apartado de su artículo 111 que *en los comités de residentes y de aldeanos se instalan los comités de mediación, de seguridad pública, de sanidad pública y otros para que gestionen en sus áreas residenciales los servicios públicos y el bienestar público, medien en las disputas civiles, ayuden a mantener el orden público y reflejen las opiniones, necesidades y recomendaciones de las masas a los gobiernos populares*⁴³.

En la *Ley de Sucesiones*, la *Ley Orgánica de Comités de Aldeanos*, la *Ley Orgánica de Comités de Residentes*, la *Ley Orgánica de Tribunales Populares* y otras también existen disposiciones claras relativas a la mediación popular.⁴⁴

Durante este período, la propaganda acerca del trabajo de mediación popular estaba en plena marcha. Por ejemplo, se utilizaron eslóganes como: mediar las disputas de miles de casas y calentar los corazones de decenas de miles de personas; el corazón del mediador, mejor que la relación de carne y sangre.⁴⁵

41 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 85. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 85.)

42 *Ley de Enjuiciamiento Civil de la República Popular China (prueba)*, aprobada y publicada 8 de marzo de 1982 y entrada en vigor el primero de octubre de 1982.

43 *Constitución de la República Popular China*, aprobada y publicada el 4 de diciembre de 1982, con revisiones posteriores en 1988, 1993, 1999 y 2004.

44 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 301. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 301.)

45 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 86. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 86.) El libro popular llamado *Historias de la Mediación Popular*, publicado en mayo de 1984, tuvo una publicación hasta sesenta mil copias. 长鸣, 人民调解故事集, 法律出版社, 1984. (CHANG MING,

En diciembre de 1985, el Ministerio de Justicia celebró la Segunda Reunión Nacional del Trabajo de Mediación Popular, proponiendo de manera clara que la ideología de orientación de la mediación popular eran *cuatro servicios*: sirviendo a la construcción económica, a la democracia socialista y al sistema legal, a la estabilidad nacional a largo plazo y a la conveniencia de las masas.⁴⁶ La política del trabajo de la mediación popular de aquel entonces era *combinar la mediación con la prevención, centrarse en la prevención; hacer frente a la producción económica, proveer servicios legales*.⁴⁷

Hasta finales de 1988, en China se establecieron 1,002,635 organizaciones de mediación en que existían 749,021 comités de mediación de aldeanos, 80,339 comités de mediación de residentes, 133,955 comités de mediación de industrias de fábricas y minas y 6,370,396 mediadores.⁴⁸

Al mismo tiempo, en el mundo académico, el pleno desarrollo de la mediación popular también hizo surgir investigaciones jurídicas en esta materia. En diciembre de 1986, el Ministerio de Justicia y la Asociación de Abogados de China celebraron en Beijing un Seminario Conjunto sobre las Teorías de Mediación Popular, que consistía en la primera conferencia académica nacional de estudios especializados en el sistema de mediación popular desde la fundación de la Nueva China.⁴⁹

Esta conferencia rompió la situación de “silencio” del sistema de mediación popular y su práctica en el ámbito académico, y tuvo un impacto positivo y profundo para revelar de manera científica la condición, el papel y la regulación del desarrollo del sistema de mediación popular, enriquecer las experiencias de práctica de la mediación popular, acelerar la mejora aún más del sistema de mediación popular, y desarrollar la labor de la mediación popular hacia un nivel más alto.⁵⁰

Historias de la Mediación Popular, Editorial del Derecho, 1984.)

46 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 86. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 86.)

47 Vid. más en: 文敬, “加强人民调解工作的科学管理”, 法学, 6, 1987. (WEN JING, “Fortalecimiento de la gestión científica del trabajo de mediación popular”, *Ciencias Jurídicas*, 6, 1987.)

48 江伟; 杨荣新 (eds.), 人民调解学概论, cit. (JIANG WEI; YANG RONGXIN (eds.), *Introducción a la Mediación Popular*, cit.)

49 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 87. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 87.)

50 江伟; 杨荣新 (eds.), 人民调解学概论, cit. (JIANG WEI; YANG RONGXIN (eds.), *Introducción a la Mediación Popular*, cit.)

Enseguida, la publicación a prueba del libro de texto de colegios y Universidades en materia del Derecho con título de *Introducción de la Mediación Popular (1990)*, editado por profesores conocidos Jiang y Yang, también mostró que el sistema de mediación popular consiguió la preocupación del mundo académico y se convirtió en una disciplina independiente.⁵¹

El Comité Permanente del Consejo de Estado aprobó el 5 de mayo de 1989 las vigentes en la actualidad *Regulaciones Orgánicas del Comité de Mediación Popular* (en adelante, las *Regulaciones Orgánicas*), publicadas el 17 de junio del mismo año, que se elaboraron modificando las *Reglas Generales Interinas*.

En aquel momento, las *Reglas Generales Interinas* concluyeron su misión histórica provisional y salieron del escenario de la historia de la legislación china. Las *Regulaciones Orgánicas* han desarrollado y mejorado el sistema chino de mediación popular.⁵²

Las *Regulaciones Orgánicas* establecen la naturaleza del Comité de Mediación Popular (art. 2), la formación del Comité de Mediación Popular (art. 3), el perfil del mediador popular (art. 4), las funciones del Comité de Mediación Popular (art.5), los principios de mediación popular (art. 6), el proceso de mediación popular (art. 7 y art. 8), el acuerdo de mediación popular (art. 9 y art. 10.), y otros aspectos de esta institución.⁵³

Según Hong, en comparación con las *Reglas Generales Interinas*, las *Regulaciones Orgánicas* son obviamente más completas y sistemáticas, teniendo dos cambios más prominentes:

En primer lugar, sobre las fuentes que se utilizan en la mediación. Tomando en consideración el hecho de que para algunas disputas pequeñas no existan leyes y otras regulaciones correspondientes, han añadido el contenido de que *en el caso de que las leyes, reglamentos, normas y políticas no disponen claramente, desarrollan la mediación de acuerdo con la ética social*;

En segundo lugar, sobre el ámbito de aplicación de la mediación popular. Han excluido los casos criminales de menor importancia debido a que los Comités de Mediación Popular son organizaciones de las masas, y que la me-

51 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 87. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 87.)

52 邱星美, 调解的回顾与展望, cit. p. 158. (QIU XINGMEI, *Mirando hacia atrás y futuro de la mediación*, cit. p. 158.)

53 *Regulaciones Orgánicas del Comité de Mediación Popular*, Consejo de Estado de la República Popular China, aprobadas el 5 de mayo de 1989 y entradas en vigor el 17 de junio de 1989.

diación sólo puede llevarse a cabo sobre la base de negociaciones igualitarias de las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por los *Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular China*, en que no deben utilizar métodos coercitivos ni tener competencia a tratar los casos penales que quedan en la jurisdicción del tribunal popular según la *Ley Penal de la República Popular China* y la *Ley del Procedimiento Penal de la República Popular China*. Además, los comportamientos de violación de la gestión de seguridad deben ser manejados por los órganos de seguridad pública.⁵⁴

En julio de 1991, el Ministerio de Justicia dictó los *Métodos de Recompensa de Mediadores y de Comités de Mediación Popular*, destinados a fortalecer la construcción de los Comités de Mediación Popular, a fomentar a los avanzados, a movilizar el entusiasmo de los mediadores, a promover la realización del trabajo de la mediación popular y mantener la estabilidad social.⁵⁵

No obstante, la serie anterior de normas y reglamentos no alcanzaron plenamente los resultados deseados, y el sistema de mediación popular comenzó a experimentar subidas y bajadas a partir de finales de 1990, temas que abordaré en el capítulo siguiente.

Con el fin de solucionar los problemas surgidos en la labor de la mediación popular, a principios de 1999, en la Cuarta Reunión Nacional del Trabajo de Mediación Popular, el Ministerio de Justicia cambió la política del trabajo de mediación popular de *combinar la mediación con la prevención, centrarse en la prevención a combinar la mediación con la prevención, centrarse en la prevención, una variedad de medios, operaciones coordinadas*, dejando más hincapié en que durante el nuevo período la mediación popular debía, sobre la base de *combinar la mediación con la prevención, centrarse en la prevención*, tomar una variedad de medios y cooperar con los departamentos pertinentes para crear el mecanismo de *Gran Mediación* adecuado de resolución de conflictos entre el pueblo bajo la nueva situación.⁵⁶

Las Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre Fortalecer aún más el Trabajo de Mediación Popular durante el Nuevo Período (1 de enero de 2002), remitidas por la Oficina General del Comité Central del Partido Comunista de China y la Oficina General del Consejo de

54 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 88. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 88.)

55 *Ibid.* p. 89.

56 *Ibid.* p. 93.

Estado de la República Popular China el 24 de septiembre del mismo año, subrayaron el fortalecimiento de la mediación popular en el nuevo período desde nueve aspectos:

- Comprender completamente la importancia y la urgencia de hacer bien el trabajo de mediación popular durante el nuevo periodo;
- Promover activamente la reforma y el desarrollo de la mediación popular durante el nuevo periodo;
- Consolidar, mejorar y desarrollar diversas formas de organizaciones de mediación popular;
- Regular el trabajo de los Comités de Mediación Popular;
- Confirmar de acuerdo con el Derecho el efecto legal de los acuerdos de mediación popular;
- Mejorar con esfuerzos la calidad de los mediadores populares;
- Poner en pleno juego el papel de mediación popular en el mantenimiento de la estabilidad social;
- Fortalecer la orientación de los tribunales populares en los Comités de Mediación Popular;
- Tomar como tarea importante las autoridades judiciales y administrativas guiar el trabajo de los Comités de Mediación Popular.⁵⁷

El Tribunal Popular Supremo promulgó el 5 de septiembre de 2002 *Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular*, y el Ministerio de Justicia publicó el 11 de septiembre del mismo año *Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación Popular*, que son regulaciones importantes para el desarrollo de la mediación popular.

Estos documentos legales y políticos tenían varios significados:⁵⁸

- Identificaron por primera vez que el acuerdo de mediación popular logrado por la mediación tenía la misma naturaleza que un contrato civil, como consecuencia, las partes contractuales debían cumplir con sus propias obligaciones según el acuerdo y no arbitrariamente alterarlo o darlo por terminado, dando así algún efecto jurídico al resultado de mediación (art. 1)⁵⁹;

⁵⁷ *Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre Fortalecer aún más el Trabajo de Mediación Popular durante el Nuevo Periodo*, Tribunal Popular Supremo y Ministerio de Justicia de la República Popular China, 1 de enero de 2002.

⁵⁸ 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. pp. 93-94. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. pp. 93-94.)

⁵⁹ *Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular*, Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, aprobadas el 5 de septiembre de 2002 y entradas en vigor el primero de noviembre de 2002.

- Lograron en menor medida la conexión entre el sistema de mediación popular y los procesos judiciales;
- Seguían mejorando el sistema de alivio judicial de la mediación popular;
- Aclararon aún más el alcance del trabajo y las formas de organización de la mediación popular, y los modos y condiciones de elección de los mediadores populares;
- Estandarizaron los procedimientos de la mediación popular, el contenido del acuerdo de mediación, etc.

El Tribunal Popular Supremo y el Ministerio de Justicia emitieron de manera conjunta el 13 de febrero de 2004 las *Opiniones sobre Fortalecer aún más la Mediación Popular y Mantener Efectivamente la Estabilidad Social*, las cuales afirmaron el papel importante de la mediación popular en la resolución de conflictos entre el pueblo y en el mantenimiento de la estabilidad social y la armonía, y promovieron aún más la reforma y el desarrollo de la mediación popular.⁶⁰

Además, en aquel entonces el Tribunal Popular Supremo emitió dos documentos normativos que sentaron las bases de convergencia entre la mediación popular y la mediación intrajudicial: las *Opiniones Orientadoras del Tribunal Popular Supremo sobre la Implementación de 23 Medidas Específicas de la Justicia para el Pueblo* y las *Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre Varias Cuestiones relativas al Trabajo de Mediación Civil de los Tribunales Populares*.⁶¹

El artículo 17 de las *Opiniones Orientadoras del Tribunal Popular Supremo sobre la Implementación de 23 Medidas Específicas de la Justicia para el Pueblo* dispone que el fortalecimiento de la orientación de las organizaciones de mediación popular y la mejora de la calidad del trabajo de mediación popular consisten en una parte relevante de la resolución multicanal de disputas y conflictos. Los tribunales populares deben, siguiendo el espíritu de las *Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre Fortalecer aún más el Trabajo de Mediación Popular durante el Nuevo Periodo* y *Varias Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular*: fortalecer la inves-

60 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 301. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 301.)

61 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 95. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 95.)

tigación y el estudio sobre nuevas situaciones y problemas; estudiar y mejorar aún más el mecanismo de convergencia entre la mediación intrajudicial y la mediación popular; guiar a las masas para que presten atención al papel de la mediación popular; y solucionar activamente los conflictos y disputas de manera sencilla y económica. Además, deben cooperar activamente con los departamentos locales de Justicia y administración, y adoptar diversas formas y métodos para la formación profesional de los mediadores populares, mejorando así sus conocimientos jurídicos y técnicas de resolución de disputas.⁶²

Las Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre Varias Cuestiones relativas al Trabajo de Mediación Civil de los Tribunales Populares, promulgadas el 16 de septiembre de 2004, disponiendo su artículo 3 que:

Con el fin de ayudar en la mediación el tribunal popular puede invitar empresas, instituciones, grupos sociales u otras organizaciones que tengan alguna relación con las partes o con el caso, o a individuos con conocimientos especializados, experiencias sociales específicas y alguna relación específica con las partes que puedan facilitar la mediación.

Con el consentimiento de las partes, el tribunal popular puede encomendar a individuos u organizaciones, dispuestos en el párrafo anterior, que hagan la mediación en el caso. Una vez logrado un acuerdo, el Tribunal Popular debe reconocerlo de acuerdo con el Derecho.⁶³

Con la promulgación de estos dos documentos normativos, los tribunales populares de todo el país trataron de incorporar la mediación popular en el tribunal.⁶⁴

En 2007, el Ministerio de Justicia emitió, respectivamente con el Tribunal Popular Supremo y el Ministerio de Finanzas, las *Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular bajo Nuevas Circunstancias* y las *Opiniones sobre el Fortalecimiento Ulterior de la Garantía de los Fondos para la*

⁶² *Opiniones Orientadoras del Tribunal Popular Supremo sobre la Implementación de 23 Medidas Específicas de la Justicia para el Pueblo*, Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, 2 de diciembre de 2003.

⁶³ *Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre Varias Cuestiones relativas al Trabajo de Mediación Civil de los Tribunales Populares*, Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, publicadas el 16 de septiembre de 2004 y entradas en vigor el primero de noviembre de 2004.

⁶⁴ Vid. más en: 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. p. 95-96. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit. p. 95-96.)

Mediación Popular, que proporcionaron orientaciones a la promoción de la legalización e institucionalización de la mediación popular y su garantía financiera. En julio de 2009, *Varios Dictámenes sobre Establecer y Mejorar el Mecanismo de Resolución de Conflictos y Disputas en que se Conectan los Procesos Judiciales y los Métodos Alternativos del Tribunal Popular Supremo* siguieron mejorando el mecanismo de conexión entre los procesos judiciales y los métodos alternativos de resolución de disputas como la mediación popular.⁶⁵

La XVI Sesión del Comité Permanente de la Decimosexta Asamblea Popular Nacional aprobó el 28 de agosto de 2010 la *Ley de Mediación Popular de la República Popular China* (en adelante, *Ley de 2010*), entrada en vigor el primero de enero de 2011, siendo la primera ley sistemática, especializada y completa que regula la mediación popular, teniendo gran importancia para promover su desarrollo y reforma.⁶⁶

La *Ley de 2010*, resumiendo las experiencias prácticas de décadas de la mediación popular, regula aspectos como la naturaleza, los principios, el personal, los procedimientos, los efectos, etc., que ha ofrecido garantía judicial a la resolución de conflictos por medio de este instrumento y elevado así su estatus legal, constituyendo un hito en el desarrollo del sistema de mediación popular en China.⁶⁷

65 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. pp. 301-302. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. pp. 301-302.)

66 *Ibid.* p. 302.

67 朱新林, “人民调解: 衰落与复兴”, 河南财经政法大学学报, nº 4, 2012. p. 180. (ZHU XINLIN, “Sistema de Mediación Popular: decadencia y renacimiento”, *Revista de Universidad de Henan de Economía y Derecho*, 4, 2012. p. 180.)

CAPÍTULO III

MEDIACIÓN POPULAR EN LA CHINA CONTEMPORÁNEA

1. Introducción

La regulación de la mediación popular en China ha pasado de ser regulada por una pluralidad de normas para ser sustituida por la *Ley de 2010*.

Según el resumen hecho por Zhu, desde las *Reglas Generales Interinas de 1954*, en total existían 32 regulaciones jurídicas a nivel nacional específicamente para la mediación popular (incluidos leyes, reglamentos administrativos, jurisprudencias, normas departamentales, documentos normativos departamentales, regulaciones industriales).

Entre estas regulaciones, Zhu opina que las más influyentes y con más relevancia social son cuatro: *Varias Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular (2002)*; las *Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular durante el Nuevo Periodo (2002)*; la *Ley de Mediación Popular de la República Popular China (2010)*; y *Varias Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre los Procedimientos del Reconocimiento Jurídico del Acuerdo de Mediación Popular (2011)*.¹

El *Informe de 2011* de Zhu et alii también ha elaborado una tabla de las normas importantes relacionadas con la mediación popular²:

AÑO	NORMATIVA
Desde 1941	Reglamentos Orgánicos Provisionales del Comité de Mediación de la Provincia de Shandong; Medidas Provisionales de Mediación Popular de Jinxibei, etc.
1982	Constitución de la República Popular China; Ley del Enjuiciamiento Civil de la República Popular China; Ley de Sucesiones; Ley Orgánica de Comités de Aldeanos; Ley Orgánica de Comités de Residentes; Ley Orgánica de Tribunales Populares

¹ *Ibid.*

² 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 302. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 302.)

1989	Regulaciones Orgánicas de Comités de Mediación Popular
2002	Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular del Tribunal Popular Supremo; Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación Popular del Ministerio de Justicia
2004	Opiniones sobre Fortalecer aún más la Mediación Popular y Mantener Efectivamente la Estabilidad Social
2007	Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular bajo Nuevas Circunstancias; Opiniones sobre el Fortalecimiento Ulterior de la Garantía de Fondos para la Mediación Popular
2009	Varios Dictámenes sobre Establecer y Mejorar el Mecanismo de Resolución de Conflictos y Disputas en que se Conectan los Procesos Judiciales y los Métodos Alternativos del Tribunal Popular Supremo
2010	Ley de Mediación Popular de la República Popular China

Tabla VII: Perfección del Sistema Legal de Mediación Popular

2. La promulgación de la *Ley de Mediación Popular de la República Popular China*

Como podemos observar en la parte anterior, la elaboración de la *Ley de 2010* no se debía, en principio, a la falta de regulaciones, sin embargo, existían diferencias sutiles entre estas legislaciones anteriores, lo que llevó a una variedad de malentendidos en la sociedad sobre la posición y el papel de la mediación popular en el Estado de Derecho, sobre todo, en la práctica sucedieron las tendencias de judicialización y administrativización.³

2.1. Expectativas de la sociedad china

Como pone de manifiesto Fan, después del año 2000, seguían creciendo cada día más fuerte las voces a favor de crear una ley de mediación o una ley de mediación popular. De acuerdo con las propuestas legislativas presentadas por los representantes, el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional eventualmente puso esta legislación en el orden del día. En aquel momento, la

3 范愉, “《中华人民共和国人民调解法》评析”, 法学家, 2, 2011. (FAN YU, “Comentarios sobre la Ley de Mediación Popular de la República Popular China”, *El Jurista*, 2011.)

sociedad china tenía varias expectativas en la elaboración de la ley de mediación:

- Establecer, reiterar y promover la ideología de la armonía social, mejorar la situación jurídica de la mediación, y promover activamente y apoyar a las partes a resolver disputas a través de la mediación y la negociación;
- Construir el mecanismo diversificado de solución de diferencias;
- Fomentar, con la premisa de unificación, el desarrollo de diversos mecanismos locales y especializados de resolución de disputas y asegurar su estabilidad, continuidad y regulación;
- Establecer principios y normas básicas para la mediación, mejorar su legitimidad, racionalidad, equidad y eficiencia, reducir sus defectos y errores, y proporcionar el mecanismo necesario de alivio.⁴

Siguiendo el proyecto legislativo del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional y el Consejo de Estado, el Ministerio de Justicia redactó, tras varios años de investigación y verificación, la *Ley de Mediación Popular (proyecto original)*, que se presentó en abril de 2009 al Consejo de Estado para su valoración. La Oficina de Asuntos Legislativos del Consejo de Estado, junto con el Ministerio de Justicia, realizaron repetidas investigaciones y modificaciones sobre la base de amplia solicitud de opiniones, y finalmente formularon la *Ley de Mediación Popular (borradores)*, en adelante, los *Borradores*. Según la interpretación del Ministerio de Justicia, los *Borradores* regulaban de manera sistemática la organización, el personal, los procedimientos, el acuerdo y otros contenidos de la mediación popular, basándose en la *Constitución* y la *Ley del Procedimiento Civil* y en las experiencias prácticas desde la aplicación de las *Regulaciones Orgánicas de 1989*. Los *Borradores* fueron aprobados el 5 de mayo de 2010 en la 110ª reunión ejecutiva del Consejo de Estado y públicos para la sociedad con el fin de solicitar opiniones a los pueblos. Partiendo de esto, con nuevas modificaciones, se aprobó el 29 de agosto de 2010 la *Ley de Mediación Popular* en la Decimosexta Reunión del Undécimo Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional.⁵

4 范愉, “非诉讼程序法的建构 – 以《人民调解法》为例”, 载范愉等著: 多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建, 经济科学出版社, 北京, 2011. pp. 339-340. (FAN YU, “La construcción legislativa en materias de ADRs – con el ejemplo de la Ley de Mediación Popular”, en FAN YU y OTROS: *Mecanismo pluralista de resolución de disputas y construcción de una sociedad armoniosa*, Editorial de Ciencia Económica, Beijing, 2011. pp. 339-340.)

5 *Ibid.* p. 343.

2.2. Selección del proyecto

Durante este proceso legislativo, la primera cuestión que enfrentaba con los legisladores fue: ¿qué tipo de ley de mediación iban a crear? En ese momento, al menos, existían tres opciones para elegir:⁶

Opción n^o uno: una ley de mediación integral incluyendo todos los tipos de mediación.⁷ Además, algunos propusieron que se excluiría la mediación intrajudicial. Como pone de manifiesto Yang, los objetos de la ley de mediación deben cubrir todos los tipos de mediación existentes por el momento, y coordinar e integrar las relaciones entre ellos. No obstante, la mediación intrajudicial se considera una excepción, porque la *Ley del Procedimiento Penal*, la *Ley del Procedimiento Administrativo* y, especialmente, la *Ley del Procedimiento Civil* ya han hecho disposiciones relativas a la mediación de este tipo⁸.

Como bien apunta Fan, evidentemente, una ley integral de mediación es muy necesaria e importante para racionalizar las categorías existentes de los órganos de mediación y sus funciones, y establecer un modelo diversificado de mediación civil, administrativa e intrajudicial. Sin embargo, este proyecto también tiene algunos obstáculos insuperables que principalmente son:

- Es imposible que una ley marco e integral de mediación haga disposiciones específicas y claras sobre cada sistema o programa de mediación, por lo tanto sólo puede ser una ley dando un marco básico y unos principios. No obstante, debido a que la mediación es flexible y adaptable a cada disputa diferente, una regulación con principios y procedimientos unificados tiene relativamente pequeña posibilidad y efectos;

- Puede provocar solapamiento, intersección e incluso contradicción con otras leyes sustantivas o procesales;

- Si no deja suficiente espacio para el futuro, puede afectar el desarrollo de nuevos mecanismos de solución de controversias emergentes a partir del entonces;

- Falta una autoridad específica responsable de la redacción de la ley, dado

6 Vid. en: *Ibid.* pp. 341-343; 邱星美, 调解的回顾与展望, cit. pp. 160-161. (QIU XINGMEI, *Mirando hacia atrás y futuro de la mediación*, cit. pp. 160-161.)

7 Vid. en: 宋朝武, 调解立法研究, 中国政法大学出版社, 2008. (SONG CHAOWU, *Estudios sobre la Legislación de Mediación*, Editorial de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho, 2008.)

8 杨荣馨, “构建和谐社会呼唤调解法”, 法制日报, 2005. (YANG RONGXIN, “La construcción de una sociedad armoniosa convoca a la mediación”, *Diario Legal*, 2005.)

que implica una gran cantidad de diferentes departamentos, responsabilidades legales, autoridades, intereses, etc., lo que puede hacer el proceso legislativo relativamente lento y difícil de operar.

Opción n° dos: una ley de mediación popular en sentido amplio, regulando, además de las organizaciones de mediación popular, todos los tipos de mediación que cumplan con las características autónoma y civil, por ejemplo, la mediación de la Asociación de Consumidores, la mediación mercantil, la mediación especializada, la mediación de las industrias y así sucesivamente, suponiendo, en realidad, una ley de mediación civil.

Según Fan, las dificultades de este proyecto son (similares a la opción n° uno):

- Es difícil que diversas organizaciones, instituciones y sistemas lleguen a acuerdos, dado que hay cierto conflicto de intereses entre ellas, y que los otros tipos de mediación civil sean consistentes con las organizaciones de mediación popular;

- Las autoridades competentes de mediación popular son los departamentos administrativos y judiciales, mientras que los otros tipos de mediación civil se establecen para diferentes tipos de conflictos y pertenecen a diferentes departamentos y áreas;

- Las distintas mediaciones tienen sus propias características en cuanto al personal, la estructura de conocimientos, las habilidades, las experiencias, las normas y los procedimientos aplicables, dependiendo de la naturaleza de la controversia y la situación real de las partes, que son diferencias y necesidades especiales difíciles de tratar y satisfacer a través de una única ley de mediación popular.

Opción n° tres: una ley de mediación popular en sentido estricto regulando sólo el sistema de mediación popular, que es el proyecto más sencillo. Con la promoción activa del Ministerio de Justicia, siendo la autoridad competente de la mediación popular, es de mayor facilidad ponerlo en práctica rápidamente.

Como bien señala Fan, las principales limitaciones de esta opción son:

- Es evidente que sólo con una ley de mediación popular no se puede solucionar la construcción general del mecanismo diversificado de solución de diferencias;

- Una vez creada esta ley, ya no es posible en el corto plazo que los legisladores incorporen otra legislación relativa a la mediación civil en la planificación del trabajo, como consecuencia, un gran número de asuntos de me-

diación civil se quedan excluidos de la regulación legal e incluso generan un monopolio de mediación popular en la resolución de disputas civiles, ejerciendo malas influencias al funcionamiento y al desarrollo de otras formas de mediación civil;

-Debido a las limitaciones de la legislación sectorial, la búsqueda de intereses departamentales da lugar a críticas de otros departamentos o conflictos de intereses y valores.

2.3. Problemas en la elaboración de los *Borradores*

Como ya sabemos, al final, los legisladores eligieron la opción nº tres. A continuación, durante la elaboración de los *Borradores* también se encontraron una serie de problemas:⁹

2.3.1. Diferencias entre los departamentos encargados y grupos de interés

Como bien apunta Fan, las autoridades judiciales y administrativas, siendo órganos encargados de la mediación y de la redacción de los *Borradores*, y otros departamentos tuvieron una gran cantidad de controversias y diferencias sobre muchos temas, basados en diferentes intereses y valores.

Con el fin de hacer que la legislación se aprobara lo más rápido posible, los diseñadores de los *Borradores*, por un lado, tomaron como objetivos principales tales cuestiones importantes como el apoyo y la garantía financiera del Estado a la mediación popular, la protección del Estado a los derechos de los mediadores, el procedimiento del tribunal para reconocer el acuerdo de mediación popular, el efecto legal del acuerdo de mediación, etc., y se esforzaron por lograrlos. Por otro lado, dejaron de lado una serie de cuestiones polémicas a fin de evitar conflictos y dudas, tales como ámbito de aplicación, honorarios, requisitos de procedibilidad, etc.

Sin embargo, los sujetos principales implicados en la argumentación jurídica todavía tenían muchos desacuerdos. Fan ha propuesto un ejemplo: la sección sindical consideraba innecesario establecer organizaciones de mediación popular dentro de las empresas, argumentando que las empresas no debían asumir demasiada función social y las disputas internas podían ser resueltas por los sindicatos. En los *Borradores* se solucionó esta diferencia

9 Vid. en: *Ibid.* pp. 343-347; 范愉, “《中华人民共和国人民调解法》评析”, cit. (FAN YU, “Comentarios sobre la Ley de Mediación Popular de la República Popular China”, cit.)

con la disposición de que las empresas e instituciones establecerían el Comité de Mediación Popular según fuera necesario.

Otro ejemplo ofrecido por Fan: la mediación comercial, la mediación de la Asociación de Consumidores y las organizaciones de mediación de algunas industrias eran reacias a adoptar la forma de organización de la mediación popular, debido a que la mediación popular, como un servicio público de resolución de controversias, era diferente a estas instituciones respecto al mecanismo operativo. Al final, en los *Borradores* se eludieron estos problemas y los detalles técnicos, sólo disponiendo que otras organizaciones podían, según fuera necesario, establecer el Comité de Mediación Popular con referencia a las disposiciones pertinentes de la presente Ley y mediar en los conflictos civiles.

2.3.2. Diferencias sobre la posición de las organizaciones de mediación popular

Como pone de manifiesto Fan, dado que en los últimos años las organizaciones de mediación popular ya tenían un modelo diversificado, la opinión dominante en la profesión legal y, especialmente, en el sistema de administración y Justicia, consistía en transformar, a través de esta legislación, la mediación popular en un mecanismo judicial y profesional de resolución de disputas. Como consecuencia, más allá de lo que define la *Constitución*, se la separaría de las organizaciones autónomas básicas y absorberían un gran número de profesionales del ámbito jurídico a participar, mientras que a través de fortalecer la gestión de los órganos judiciales y administrativos a la mediación popular, mejorarían la normalización de los procedimientos de mediación y el efecto legal de los acuerdos de mediación, de manera que podrían elevarse aún más su estatus legal y autoridad. Esto se conoce como la “judicialización” y la “administrativización” de la mediación popular.

En definitiva, los redactores de los *Borradores* eligieron conservar el marco existente de la *Constitución*, dejando espacio para el desarrollo de las organizaciones de mediación popular de los pueblos, calles y comunidades. Con este fin, no exigían de manera uniforme y alta a los mediadores su composición, educación, formación profesional, etc., adaptándose a la actualidad de aquellas mediaciones comunitarias básicas.

Este resultado, por un lado, ayudó a evitar la penetración profunda o el monopolio de la profesión legal y de la autoridad pública en la mediación, y

salvaguardó los cimientos de la mediación popular y su modelo de pluralismo; por otro lado, no impidió que las agencias de mediación nuevas o de alto nivel establecieran sus propios procedimientos de selección de mediadores y procedimientos de acceso, de acuerdo con las leyes y reglamentos pertinentes y sus necesidades especiales.¹⁰

2.3.3. Cuestiones sobre la gestión, la regulación y la orientación de la mediación popular

Como bien señala Fan, anteriormente, en principio, los órganos administrativos y judiciales se encargaban de la gestión, la orientación, la formación, la evaluación y la supervisión de las organizaciones y actividades de la mediación popular, y los tribunales populares básicos también tenían responsabilidades similares. Además, muchos otros órganos administrativos establecieron enlaces diferentes con la mediación popular. En la práctica, algunos de estos organismos jugaron un papel activo en la orientación y la promoción de mediación popular, pero otros tantos no contribuyeron nada.

Los *Borradores* disponían por separado que los gobiernos locales tenían la responsabilidad de ofrecer seguridad financiera; las autoridades judiciales y administrativas realizaban tales funciones como la gestión de organizaciones, la instrucción del trabajo, la formación del personal, la evaluación de rendimientos y eficiencia; los tribunales hacían la revisión judicial por medio del proceso del reconocimiento del acuerdo de mediación para asegurar su legitimidad.

De este modo, aclararon las relaciones entre las organizaciones de mediación popular y otros organismos, y afirmaron que la mediación popular, como organización autónoma, no estaba sujeta a la dirección y el gobierno de las autoridades públicas, lo que, sin duda, ayudó a garantizar la independencia de las organizaciones de mediación popular, y a reducir la competencia desordenada y el desperdicio de recursos sociales.

A pesar de que en la realidad ya era bastante común y de buen efecto la mediación popular encargada por las autoridades públicas, la mediación co-

¹⁰ En su artículo, Fan indica, en principio, dos tipos de mediación en China, la mediación popular (a nivel básico) y la mediación profesional (de alto nivel), y propone que deben tratarlos de manera separada, basándose en el primero y desarrollando el segundo. Vid. en: 范愉, “《中华人民共和国人民调解法》评析”, cit. (FAN YU, “Comentarios sobre la Ley de Mediación Popular de la República Popular China”, cit.)

misionada no estaba incluida en los *Borradores*, dado que algunos órganos estatales y grupos de interés se resistían a la expansión del poder de la mediación popular. Sin embargo, la ley tampoco la prohíbe. De hecho, los órganos administrativos y los tribunales aún pueden incorporar la mediación popular en las actividades de asistencia judicial por medios de la mediación encargada y otros para lograr la convergencia del mecanismo civil de solución de disputas y los procesos administrativos y judiciales.

2.3.4. La normalización de los procedimientos y la transformación moderna de la mediación popular

Según Fan, por un lado, los diseñadores de los *Borradores* tomaron la judicialización, la regularización, la procedilización, el elitismo y la profesionalización como salida de la mediación popular, a fin de mejorar su autoridad y estatus. A pesar de algunas restricciones considerables, en los *Borradores* aún: se aplicaban una serie de términos tales como descubrir hechos, distinguir lo bueno de lo malo, mediar según la ley, etc.; se perseguían deliberadamente un proceso estricto, proponiendo procedimientos formales; se defendían firmemente para fortalecer aún más el efecto obligatorio del acuerdo de mediación; y así sucesivamente.

Al mismo tiempo, se subestimó la naturaleza, las características y la autonomía de la mediación comunitaria, incluso al principio las características tradicionales de la mediación popular no fueron claramente definidas. Después de muchos argumentos, los *Borradores* establecían que se basaba principalmente en los procedimientos formales mientras que las formas flexibles también podían ser reconocidas.

Por otro lado, a los diseñadores de los *Borradores* les faltó una conciencia de hacer reformas en los defectos, las deficiencias y limitaciones de la mediación tradicional, y no admitieron algunos principios o normas importantes de la mediación moderna como el principio de confidencialidad y otros, debido a que muchos de los participantes en el proceso de legislación tenían muy limitada información y conocimientos sobre los principios, normas, tendencias del desarrollo y otros aspectos de la mediación moderna.

2.4. Modificaciones importantes de la *Ley de 2010*

En las deliberaciones finales, los legisladores hicieron varias modificacio-

nes importantes de acuerdo con las opiniones de todos los sectores, particularmente en los siguientes aspectos:¹¹

- Respecto al principio de legalidad y las fuentes de la mediación. En los *Borradores*, el principio de legalidad suponía la aplicación estricta del Derecho, disponiendo que debían llevar a cabo la mediación según las leyes, reglamentos, normas y políticas; sin perjuicio de las leyes, reglamentos, normas y políticas, también podían hacer la mediación según la moralidad social, las regulaciones aldeanas, las convenciones comunitarias, las normas y los reglamentos de empresas e instituciones, y la bondad social. Esta afirmación destacó la prioridad de las leyes, pero no pudo dar una lista exhaustiva de diversas fuentes que se utilizaran en la mediación, conduciendo fácilmente a confusiones y malos entendidos.

En la *Ley de 2010*, el principio de legalidad se refiere a no violar las leyes, disponiendo que *no deben infringir las leyes, reglamentos y políticas nacionales* (art. 3)¹². Esta disposición es favorable a fomentar el uso de diversas fuentes en la mediación y jugar a las ventajas de la mediación.

- Respecto a los procedimientos de la mediación. Como antes mencionado, los *Borradores* se centraron en la normalización de los procedimientos de la mediación, aunque mantuvieron algunas disposiciones flexibles. Además de pedir a las partes a presentar solicitud, también proporcionaron tales procedimientos como: informar a las partes sobre las reglas de mediación; pedir las declaraciones de las partes sobre los hechos de la disputa; educar a las partes de las leyes, políticas y regulaciones pertinentes; proponer el plan de resolución de disputa y producir el acuerdo de mediación, sobre la base de que las partes hubieran reconocido los hechos, aclarado las responsabilidades, comprendido mutuamente y llegado a un consenso.

En las modificaciones finales, de acuerdo con las opiniones de todos los sectores, los legisladores lo sustituyeron totalmente por: *los mediadores populares deben tomar una variedad de formas según las diferentes circunstancias de cada controversia para mediar en las disputas civiles, escuchando plenamente a las declaraciones de las partes, explicando las leyes,*

11 Vid. en: 范愉, “非诉讼程序法的建构 – 以《人民调解法》为例”, cit. pp. 347-349. (FAN YU, “La construcción legislativa en materias de ADRs – con el ejemplo de la Ley de Mediación Popular”, cit. pp. 347-349.); 范愉, “《中华人民共和国人民调解法》评析”, cit. (FAN YU, “Comentarios sobre la Ley de Mediación Popular de la República Popular China”, cit.)

12 *Ley de Mediación Popular de la República Popular China*, publicada el 28 de agosto de 2010 y entrada en vigor el primero de enero de 2011.

reglamentos y políticas nacionales pertinentes, ilustrando con paciencia a las partes, proponiendo el plan de resolución de disputa sobre la base de negociaciones igualitarias, entendimientos y acomodaciones mutuas de las partes, y ayudando a las partes a llegar a un acuerdo de solución de manera voluntaria (art. 22).

- Respecto al derecho a la mediación en privado. A pesar de que la *Ley de 2010* no establezca el principio de confidencialidad, en los derechos de las partes ha añadido la cláusula de *requerir que la mediación se realice en público o no* (art. 23), demostrando que, al menos, la práctica tradicional de mediación pública ha comenzado a ser abandonada ya que el derecho de confidencialidad de las partes ha sido reconocido por la *Ley de 2010*. Este enfoque no sólo ayuda a proteger los derechos de las partes, sino que también hace más fácil alcanzar el acuerdo de mediación, reflejando mejor las ventajas de la mediación.

- Respecto a la participación de los ciudadanos. En vista de la falta del contenido sobre la participación del público en los *Borradores*, la *Ley de 2010* ha añadido las disposiciones de que *los Comités de Mediación Popular apoyan la participación de personas locales en la mediación, siempre que sean justas, honestas, entusiastas por la mediación, reconocidas por las masas de la comunidad* (art. 20), lo que proporciona una base para la participación en la mediación por parte de grupos civiles, personas sociales y voluntarios, y evita el monopolio de la mediación por un pequeño número de organizaciones, instituciones, personal especializado y jurídico.

Además, la *Ley de 2010* ha añadido disposiciones de que *los Comités de Mediación Popular deben tener miembros femeninos y en la región multiétnica tener miembros de las etnias de menor número* (art.8), que son propicias para salvaguardar tales valores importantes como el multiculturalismo, los derechos e intereses de las mujeres, etc.

- Respecto a la reducción del poder. En cuanto al poder del mediador, la *Ley de 2010* sustituye el término *educar* por *persuadir* (art. 2); utiliza la declaración de *ayudar a las partes a llegar voluntariamente a un acuerdo de mediación* (art. 22); cancela el requisito de que *el mediador debe ser bueno en conseguir contactos con las masas*.

En cuanto al poder del tribunal, en la confirmación de que *el tribunal moviliza a las partes a solicitar la mediación*, ha cambiado el término *moviliza* por *informa* (art.18); así sucesivamente, con el fin de reducir el poder del tribunal.

Estos cambios sutiles reflejan la diferencia de la mediación popular frente a la decisión judicial y juegan un papel importante en la regulación y la orientación de las conductas de los mediadores populares en el futuro.

2.5. Intenciones de los legisladores

Tras la aprobación de la *Ley de 2010*, la persona responsable del Ministerio de Justicia dio una introducción acerca de los contenidos y las características de esta *Ley de 2010* en una entrevista. Así, señaló que:

- Se mantiene y se consolida la naturaleza popular, civil y autónoma de la mediación popular;
- Se sigue mejorando la forma de organización de la mediación popular, mientras que se reserva los espacios institucionales para otras formas de mediación;
- Se define aún más las condiciones del nombramiento, el modo de elección, el código de conductas y las medidas de protección de los mediadores populares;
- Se demuestra aún más la flexibilidad y la conveniencia de la mediación popular, evitando la tendencia de judicialización de los procedimientos de mediación popular;
- Se confirma el mecanismo de convergencia entre la mediación popular y otros mecanismos de solución de controversias;
- Se aclara aún más el efecto del acuerdo de mediación popular y el sistema de confirmación judicial;
- Se fortalece la orientación y la garantía para el trabajo de mediación popular.¹³

En conclusión, examinando el proceso legislativo de la *Ley de 2010*, sobre todo, las modificaciones que se han producido en la *Ley de 2010* desde los *Borradores*, podemos ver las intenciones de los legisladores sobre el futuro desarrollo de la mediación y las siguientes son las que más me llaman la atención:

En primer lugar, los legisladores se adhieren a la naturaleza civil y autónoma de la mediación popular que ha sido definida por la *Constitución*. Aunque la *Ley de 2010* establece de manera concreta que los órganos judiciales y

¹³ Vid. en: 《盘点人民调解法七大亮点》, 载新华网。Resumen de los siete aspectos más destacados de la Ley de Mediación Popular, disponible en: http://news.xinhuanet.com/politics/2010-08/28/c_12494162.htm.

administrativos del Estado ofrecen apoyos necesarios para la mediación popular, no supone en absoluto una relación de subordinación, negando así las tendencias de administrativización y judicialización de la mediación.

En segundo lugar, al regular los procedimientos, las fuentes y otros aspectos de la mediación popular, intentan tomar los requisitos mínimos, lo que es favorable para jugar las ventajas de la mediación como la flexibilidad, la conveniencia, etc. y al mismo tiempo deja espacios para el desarrollo de todas las formas de mediación con el fin de construir un mecanismo diversificado de resolución de diferencias.

Por último, teniendo en cuenta el principio de confidencialidad y la participación de los ciudadanos, los legisladores tratan de llevar a cabo la transformación de la mediación tradicional a la mediación moderna haciendo referencia al modelo occidental. A pesar de que en esta *Ley de 2010* la reforma no sea exhaustiva y suficiente, consiste en un comienzo muy positivo para su éxito.

3. Elementos básicos de la mediación popular

La *Ley de 2010*, se refiere a la mediación popular como a la actividad de resolución de disputas civiles en la que el Comité de Mediación Popular promueve a las partes, a través de persuasión, comunicación y otras técnicas, a llegar voluntariamente a un acuerdo de mediación sobre la base de la negociación igualitaria (art. 2).

En esta parte del capítulo, teniendo el objeto de dar a conocer cómo funciona este medio de resolución de disputas con características chinas, explicaré de manera sencilla los seis elementos fundamentales de la mediación popular: sujetos, organización, mediadores, principios, procedimiento y acuerdo.

3.1. Sujetos

Los sujetos de la mediación popular incluyen a la persona natural, la persona jurídica u otras organizaciones.

Los artículos 23 y 24 de la *Ley de 2010* disponen que las partes en la actividad de mediación popular disfrutan de ciertos derechos y cumplen las obligaciones correspondientes:

- *Las partes gozarán de los siguientes derechos en la actividad de media-*

ción popular: elegir o aceptar el mediador popular; aceptar la mediación, negarse a la mediación o exigir la terminación de la mediación; exigir que la mediación se realice en público o no; expresar su propia voluntad y llegar voluntariamente a un acuerdo de mediación. (art. 23)

- Las partes deberán cumplir las siguientes obligaciones durante el procedimiento de mediación popular: declarar fielmente los hechos de la disputa; cumplir con el orden de la escena de mediación y respetar al mediador popular; respetar el ejercicio de los derechos por la otra parte. (art. 24)

3.2. Organización

Según los artículos 7 y 8 de la *Ley de 2010*, la organización que desarrolla la mediación popular es el Comité de Mediación Popular, una organización de masas establecida de acuerdo con el Derecho para mediar en disputas civiles (art. 7). El Comité de Mediación Popular se establece por comités de aldeanos (rural) y comités de residentes (urbano); las empresas e instituciones pueden establecerlo según sea necesario. (art. 8)

Además, también puede ser establecido en municipios, calles, regiones, industrias, etc. Entre los posibles formatos, el comité de mediación de los aldeanos y de los residentes son los más básicos, y el primero ocupa la mayor proporción.¹⁴

El Comité de Mediación Popular está compuesto de tres a nueve miembros, con un director y, si es necesario, varios subdirectores. Como exigencia igualitaria, debe tener algún miembro femenino y, en la región multiétnica, tener algún miembro de las etnias de menor número. (art. 8)

Y el artículo 9 de la *Ley de 2010* dispone que los miembros del Comité de Mediación Popular, establecido por comités de aldeanos y comités de residentes, serán elegidos por la reunión de aldeanos o la reunión de representantes de aldeanos, y la reunión de residentes.

Los miembros del Comité de Mediación Popular, establecido por las empresas e instituciones, serán elegidos por congresos de trabajadores, congresos de representantes de trabajadores u organizaciones sindicales. Su duración del cargo es de tres años y pueden ser reelegidos. (art. 9)

Según el artículo 3 de *Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación*

¹⁴ Vid. en: 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. pp. 302-305. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. pp. 302-305.)

*Popular*¹⁵ (en adelante, *Varias Disposiciones*), las funciones principales del Comité de Mediación Popular incluyen: mediar las disputas civiles y prevenir su intensificación; promover leyes, reglamentos, normas y políticas; educar a los ciudadanos para que respeten la ley y la ética social; evitar disputas civiles; reflejar la situación de los conflictos civiles y de la labor de mediación al comité de aldeanos, al comité de residentes, al lugar de trabajo y al gobierno popular básico.¹⁶

Entre estas funciones, la resolución de conflictos consiste en la función central, y las otras son de carácter suplementario y circunstanciales a tal proceso de solución de controversias.¹⁷

3.3. Mediadores

Según los artículos 13 y 14 de la *Ley de 2010*, *los mediadores populares son miembros del Comité de Mediación Popular o personas designadas por el Comité* (art. 13) *y deben ser ciudadanos adultos, justos y rectos, entusiastas en el trabajo de mediación popular y que posean cierto nivel cultural y político además de conocimiento jurídico* (art. 14).

En cuanto a la formación de los mediadores populares, el artículo 14 de la *Ley de 2010* establece que *los departamentos administrativos y judiciales de los gobiernos populares a nivel de condado deben llevar a cabo una formación periódica para los mediadores populares*.

Además, el artículo 15 de la *Ley de 2010* dispone que *si el mediador popular tiene cualquiera de las siguientes conductas en la mediación, recibirá críticas y educación por el Comité de Mediación Popular, y el mismo le ordenará hacer correcciones. Si las circunstancias son graves, el mediador será destituido o despedido por la unidad que le haya elegido o designado*.

15 *Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación Popular*, Ministerio de Justicia de la República Popular China, aprobadas el 11 de septiembre de 2002 y entradas en vigor el primero de noviembre de 2002.

16 Vid. más en: 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. pp. 91-93. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. pp. 91-93.); 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. pp. 310-312. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. pp. 310-312.)

17 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 312. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 312.)

Entre las malas conductas se encuentran *favorecer a una parte; insultar a la parte interesada; reclamar, recibir bienes o buscar otros intereses injustos; revelar la privacidad y los secretos comerciales de las partes* (art. 15).

A nivel de protección del mediador por parte del Estado, se prevén medidas de carácter económico en el artículo 16 de la *Ley de 2010*:

- Cuando un mediador popular participe en la labor de mediación, se le deben proporcionar los subsidios de trabajo apropiados debido a una excesiva dedicación horaria a la práctica de mediación que le impidiera su actividad laboral principal;

- Cuando un mediador se encuentre en una situación difícil de vida debido a que esté lesionado o discapacitado en la práctica de mediación, el gobierno popular local debe ofrecerle las asistencias médicas y de subsistencia necesarias;

- Cuando un mediador popular haya fallecido en el trabajo de mediación popular, su cónyuge e hijos gozarán de pensiones y trato preferencial de acuerdo con las regulaciones estatales. (art. 16)

3.4. Principios

Según el artículo 3 de la *Ley de 2010*, *el Comité de Mediación Popular debe cumplir los siguientes principios en la función de mediación de disputas civiles*:

- *Realizar la mediación sobre la base de la voluntariedad y la igualdad de las partes*;

- *No violar leyes, regulaciones y políticas nacionales*;

- *Respetar los derechos de las partes y no impedir debido a la mediación que las partes protejan sus derechos, de conformidad con la ley, a través de medios administrativos, medios judiciales, arbitraje u otros.* (art. 3)

3.4.1. Voluntariedad e igualdad

De acuerdo con el *Informe de 2011* de Zhu et alii, el principio de igualdad y voluntariedad se plasma en tres aspectos:

- La mediación debe basarse en la voluntad de las partes y no puede hacer obligarse a la participación en la mediación.

- Actitudes tales como la discriminación, la coacción, el favoritismo y la represión no se permiten en el proceso de mediación;

- El acuerdo alcanzado por mediación debe ser aceptado voluntariamente por las partes y no se les impondrá.

Sin embargo, este principio de voluntariedad no impide que las organizaciones de mediación popular tomen la iniciativa de mediar en las disputas; así como tampoco excluye que los mediadores puedan dar crítica y educación necesarias a las partes en disputa sobre sus palabras y hechos equivocados; tampoco significa que las partes puedan hacer, de manera arbitraria, un acuerdo de mediación violando la ley, la política y la moralidad social.¹⁸

3.4.2. Legalidad

El principio de no violar leyes y reglamentos y políticas nacionales se refleja a su vez en tres aspectos:¹⁹

- Las actividades de mediación popular deben ser legales, y su ámbito de aplicación, pasos de procedimiento y métodos de trabajo deben cumplir con las leyes, reglamentos y normas pertinentes, y las conductas de mediación deben ser estandarizadas, justas y razonables;

- El Comité de Mediación Popular realiza la mediación de acuerdo con leyes, reglamentos, normas y políticas, y en el caso de que las leyes, reglamentos, normas y políticas no lo hayan estipulado, debe seguir las normas morales sociales;

- El contenido del acuerdo de mediación debe cumplir con lo dispuesto por las leyes, reglamentos, normas y políticas. Cualquier acuerdo de mediación que sea contrario a las leyes, reglamentos, normas y políticas existentes será nulo y sin efecto. En tal situación, las partes podrán solicitar una nueva mediación, y también los gobiernos populares básicos y los tribunales populares básicos podrán corregir el acuerdo ilegal.

3.4.3. Respeto a los derechos de las partes

Como ponen de manifiesto Zhu et alii, el principio de respeto a los derechos de las partes, sobre todo, sus derechos al acceso a la Justicia, se refiere a que la mediación popular no consiste en un procedimiento necesario como

¹⁸ 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 313. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 313.)

¹⁹ *Ibid.*

requisito previo para la litigación, y no se debe privar a las partes del derecho a recurrir a los procesos judiciales debido a que no hayan adoptado la mediación o la mediación haya fracasado.

Cuando se produce una disputa civil, las partes siempre tienen el derecho de presentar una demanda ante el tribunal popular, y no deben restringirles el derecho a la acción basándose en que no hayan desarrollado una mediación.

Durante el proceso de mediación de disputas civiles, las partes pueden suspender la mediación y llevar una demanda ante el tribunal popular. Para las controversias con un acuerdo alcanzado por la mediación, las partes todavía tienen el derecho de entablar una demanda, solicitando al tribunal popular que juzgue la disputa y su acuerdo.²⁰

3.5. Procedimiento

3.5.1. Fase previa

Según los artículos 20 y 22 de *Varias Disposiciones*, las disputas civiles mediables por el Comité de Mediación Popular incluyen diversas disputas involucrando derechos y obligaciones civiles entre ciudadanos, ciudadano y persona jurídica, y entre otras organizaciones sociales (art. 20).

Y el Comité de Mediación Popular no debe aceptar las siguientes disputas: las que, según las disposiciones de leyes y reglamentos, se traten únicamente por la jurisdicción de un órgano especial, o para las que las leyes y reglamentos prohíben el uso de la mediación civil; las que el tribunal popular, el órgano de seguridad pública u otros órganos administrativos ya hayan aceptado o resuelto (art.22).

Además, el artículo 21 de *Varias Disposiciones* dispone que las disputas civiles serán aceptadas para la mediación por el Comité de Mediación Popular del lugar donde se localicen las partes en disputa (o de la unidad a que pertenezcan) o del lugar donde se produzca la disputa.

Las disputas civiles difíciles y complejas que no puedan ser resueltas por el Comité de Mediación Popular de los comités de aldeanos, comités de residentes o de empresas e instituciones, y las disputas civiles interregionales y entre unidades, serán mediadas por el Comité de Mediación Popular del municipio o de la calle, o mediadas conjuntamente por los Comités de Mediación Popular relevantes. (art.21)

²⁰ Ibid.

3.5.2. Fase inicial

Según los artículos 17 y 18 de la *Ley de 2010*, las partes pueden solicitar la mediación al Comité de Mediación Popular; el Comité de Mediación Popular también puede tomar la iniciativa de hacer la mediación. Si una parte se la niega explícitamente, no proceden a la mediación (art. 17). Además, el tribunal popular básico y el órgano de seguridad pública pueden, en las disputas que sean aptas para la solución a través de la mediación popular, notificar a las partes antes de aceptar el caso que soliciten una mediación al Comité de Mediación Popular (art. 18).

Y, según lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de *Varias Disposiciones*, en el primer caso, una vez tenida una disputa civil, las partes solicitarán, en forma escrita u oral, la mediación al Comité de Mediación Popular (art. 23). *Si la solicitud cumple con las condiciones de aceptación, el Comité de Mediación Popular debe aceptar la mediación a tiempo. Si no reúne las condiciones, debe informar a las partes involucradas para que, de conformidad con las disposiciones de leyes y reglamentos, se sometan al órgano competente o interpongan una demanda ante el tribunal popular; en el caso de que la disputa pueda intensificarse en cualquier momento, debe presentarla sin demora a las autoridades competentes para su tratamiento después de tomar medidas necesarias de mitigación.* (art. 24)

En el segundo caso, el Comité de Mediación Popular, después de conocer la disputa, no espera la solicitud de las partes y toma la iniciativa de intervenir en la disputa, realizando investigación y mediación para que la disputa pueda ser controlada oportunamente y resuelta en la etapa inicial. No obstante, la mediación activa del Comité de Mediación Popular debe obtener el consentimiento de ambas partes.²¹

3.5.3. Fase de mediación

Después de que el Comité de Mediación Popular haya aceptado formalmente la disputa civil, el proceso posterior se puede dividir en cuatro pasos.

Determinar el mediador

Según el artículo 19 de la *Ley de 2010*, el Comité de Mediación Popular

²¹ 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 113. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 113.)

puede nombrar a uno o varios mediadores populares para hacer la mediación según las necesidades de la disputa; las partes también pueden elegir a uno o varios mediadores populares para realizar la mediación.

Trabajo preparatorio antes de la mediación

Según el artículo 26 de Varias Disposiciones, para hacer la mediación en las controversias, el Comité de Mediación Popular debe consultar, por separado, a ambas partes sobre los hechos y las circunstancias de la disputa, comprender los requisitos de las dos partes y las razones correspondientes, realizar la investigación y la verificación con los aspectos relacionados según se requiera, y preparar bien para la mediación.

Fase de mediación

Según el artículo 28 de Varias Disposiciones, el Comité de Mediación Popular realiza la mediación generalmente en lugares especialmente establecidos o en otros lugares convenientes para las partes en disputa según sea necesario.

Y el artículo 20 de la Ley de 2010 dispone que de acuerdo con las necesidades de la mediación de las disputas, el mediador popular puede, después de obtener el consentimiento de las partes involucradas, invitar a sus familiares, vecinos, colegas u otros a participar en la mediación, o invitar a alguna persona con conocimientos especializados y experiencia específica o persona de alguna organización social relevante a participar en el proceso.

El Comité de Mediación Popular apoya la participación en la mediación de la gente de la comunidad local que sea recta, entusiástica sobre la mediación y reconocida por las masas. (art. 20)

Antes de la mediación, según el artículo 30 de Varias Disposiciones, el Comité de Mediación Popular debe informar a las partes de la naturaleza, los principios y el efecto de la mediación popular, así como de sus derechos y obligaciones en la actividad de mediación, verbalmente o por escrito.

Y el artículo 22 de la Ley de 2010 dispone que de acuerdo con las diferentes circunstancias de cada disputa, el mediador popular puede tomar diversos métodos para mediar en disputas civiles, escuchando plenamente las declaraciones de las partes, explicando las leyes, reglamentos y políticas nacionales pertinentes, persuadiendo con paciencia a las partes, proponiendo un plan de solución de disputa sobre la base de negociaciones igualitarias, entendimientos mutuos y acomodaciones mutuas, y ayudando a las partes a llegar voluntariamente a un acuerdo.

Fin de la mediación

Según los artículos 26 y 28 de la *Ley de 2010*, por un lado, *si fracasa la mediación, se la dará por terminado y deberán informar, de acuerdo con las leyes y los reglamentos pertinentes, a las partes que puedan proteger de acuerdo con el Derecho sus derechos a través de los medios administrativos, judiciales, arbitraje, y otros* (art. 26). Por otro lado, *si se logra un acuerdo a través de la mediación del Comité de Mediación Popular, podrán elaborar una acta de acuerdo de mediación, pero si las partes interesadas consideran innecesario elaborarla, podrán adoptar el acuerdo verbal y el mediador popular deberá registrar el contenido de tal acuerdo* (art. 28).

Y el artículo 33 de *Varias Disposiciones* establece que *el Comité de Mediación Popular termina la mediación, por lo general, dentro de un mes*. Según Xu, si la mediación no puede ser completada dentro de este plazo por cualquier circunstancia especial, podrán continuarla con el consentimiento de las partes en disputa²².

3.6. Acuerdo

Según el artículo 29 de la *Ley de 2010*, *el acuerdo de mediación puede especificar lo siguiente: la información básica de las partes interesadas; los hechos principales de la controversia, los asuntos en disputa y las responsabilidades de las partes; el contenido del acuerdo alcanzado por las partes, la manera y el plazo para la ejecución del acuerdo*.

De acuerdo con *Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular*²³, *el acuerdo de mediación alcanzado por el Comité de Mediación Popular, que tenga contenido de derechos y obligaciones civiles, y firmado o sellado por ambas partes, goza de la naturaleza de un contrato civil. Las partes deben cumplir sus obligaciones de conformidad con el contrato, y no deben cambiar ni dar por terminado de manera arbitraria el acuerdo de mediación* (art. 1).

Según los artículos 29 a 32 de la *Ley de 2010*, *la acta de acuerdo de mediación entrará en vigor a partir de la fecha en que las partes pongan sus*

²² 徐盛萍, 人民调解制度研究, cit. p. 115. (XU SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, cit. p. 115.)

²³ *Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular*, Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, aprobadas el 5 de septiembre de 2002 y entradas en vigor el primero de noviembre de 2002.

firmas, sellos o huellas dactilares, el mediador popular firme y el Comité de Mediación Popular coloque su sello (art. 29); y el acuerdo oral de mediación entrará en vigor a partir de la fecha en que las partes lleguen al acuerdo (art. 30).

El acuerdo alcanzado a través de la mediación del Comité de Mediación Popular será jurídicamente vinculante y las partes interesadas deben actuar con arreglo al acuerdo. El Comité de Mediación Popular debe supervisar la ejecución del acuerdo e instará a las partes a cumplir las obligaciones acordadas. (art. 31) Si surge una controversia entre las partes en relación con su ejecución o contenido, una parte podrá entablar una demanda ante el tribunal popular. (art. 32)

Y el artículo 33 de la Ley de 2010 dispone que cuando las partes lo consideren necesario, podrán solicitar conjuntamente al tribunal popular la ratificación judicial dentro de los 30 días a partir del día en que entre en vigor el acuerdo de mediación.

El tribunal popular debe examinar sin demora el acuerdo de mediación y confirmar su validez de acuerdo con el Derecho: si el tribunal popular confirma según el Derecho que el acuerdo de mediación es válido y una parte se niega a cumplirlo o a cumplir lo todo, la otra parte podrá solicitar al tribunal popular la ejecución obligatoria; si el tribunal popular considera según el Derecho que el acuerdo de mediación no es válido, las partes podrán alterar el acuerdo original o llegar a un acuerdo nuevo a través de la mediación popular, o podrán llevar una demanda ante el tribunal popular. (art. 33)

4. Análisis del desarrollo de la mediación popular basado en datos empíricos

4.1. La litigiosidad en China

Sobre todo, en esta primera parte intento introducir las situaciones actuales de la litigiosidad en China, basándose en los datos empíricos ofrecidos por el Banco Mundial y el *World Justice Project* (WJP), instituciones que han llevado a cabo respectivamente estudios comparativos en un gran número de países.

El informe de Banco Mundial *Doing Business 2017*²⁴, que utiliza la meto-

²⁴ WORLD BANK. *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. Washington, DC: World Bank. DOI: 10.1596/978-1-4648-0948-4. License: Creative Commons Attribution

dología del estudio basada en la respuesta a encuestas y en estudios de casos, mide en 190 economías el tiempo y el costo para resolver una disputa comercial estandarizada a través de un tribunal local de primera instancia, con indicadores de medida que son:

- Tiempo requerido para hacer cumplir un contrato a través de los tribunales (días calendario), que en concreto incluye tiempo para presentar y servir el caso, tiempo para el juicio y para obtener el veredicto y tiempo para hacer cumplir la sentencia;

- Costo requerido para hacer cumplir un contrato a través de los tribunales (% de reclamación), que concretamente involucra honorarios de abogados, costos judiciales y costos de ejecución;

- Índice de calidad de los procesos judiciales (0-18), que específicamente comprende estructura y procedimientos judiciales (0-5); gestión de casos (0-6); automatización judicial (0-4); resolución alternativa de conflictos (0-3).

Según los datos recogidos por *Doing Business 2017*, en China la ejecución de contratos toma 452,8 días y cuesta un 16.2% del valor de la reclamación²⁵. A nivel mundial, se sitúa en el puesto 5 en el ranking de 190 economías sobre la facilidad de hacer cumplir los contratos. Para comprender mejor, veamos las figuras y tabla facilitadas en *Doing Business 2017*:

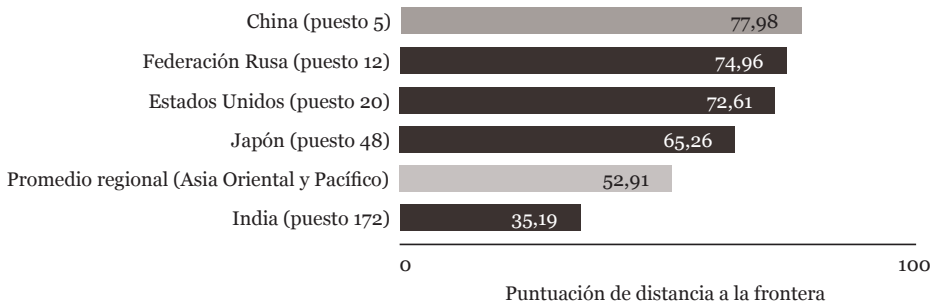


Figura III: Cómo China y las economías de comparación se clasifican en la facilidad de hacer cumplir los contratos. Fuente: *Doing Business* database

CC BY 3.0 IGO. 2017. *This translation was not created by The World Bank and should not be considered an official World Bank translation. The World Bank shall not be liable for any content or error in this translation.*

²⁵ La mayoría de los conjuntos de indicadores se refieren a la ciudad de negocios más grande de la economía, y las ciudades cubiertas de China son Beijing y Shanghai.

LA MEDIACIÓN EN CHINA

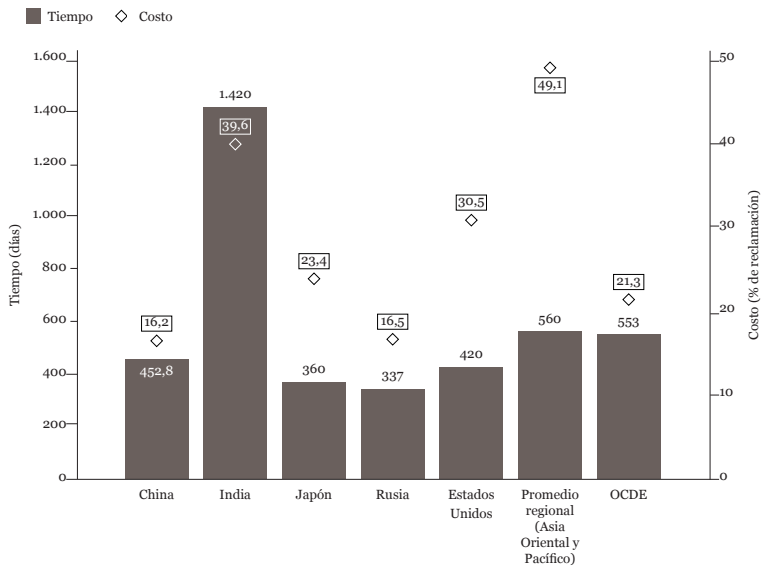


Figura IV: Tiempo y costo de la ejecución de contratos en China y economías comparadas. Fuente: *Doing Business* database

INDICADOR	SHANGHAI	BEIJING	ASIA ORIENTAL & PACÍFICO PROMEDIO
Tiempo (días)	406.0	510.0	560
Honorarios del abogado	7.6	10.0	39
Presentación y servicio	21	30	45
Costo (% de reclamación)	15.1	17.5	49.1
Tasas judiciales	5.0	5.0	4
Juicio y sentencia	195	240	328
Tasas de ejecución	2.5	2.5	5
Ejecución de sentencia	190	240	195
Estructura y procedimientos judiciales (0-5)	4.5	4.5	3
Gestión de casos (0-6)	5.5	4.5	2
Automatización judicial (0-4)	1.5	2.0	1
Resolución alternativa de disputas (0-3)	3.0	3.0	2

Tabla VIII: Detalles sobre el tiempo y el costo para hacer cumplir los contratos en China
Fuente: *Doing Business* database

Cabe destacar aquí el índice de calidad de los procesos judiciales, que se introduce este año como una nueva medida, evalúa si cada economía ha adoptado una serie de buenas prácticas en su sistema judicial respecto de cuatro áreas: estructura y procedimientos judiciales; gestión de casos; automatización judicial; y resolución alternativa de conflictos. La puntuación en este índice es la suma de las puntuaciones en estas cuatro áreas, que oscila entre 0 y 18 con valoraciones superiores indicando los procesos judiciales mejores y más eficientes. Veamos la figura ofrecida por *Doing Business 2017* que compara las puntuaciones logradas por China con otras economías:

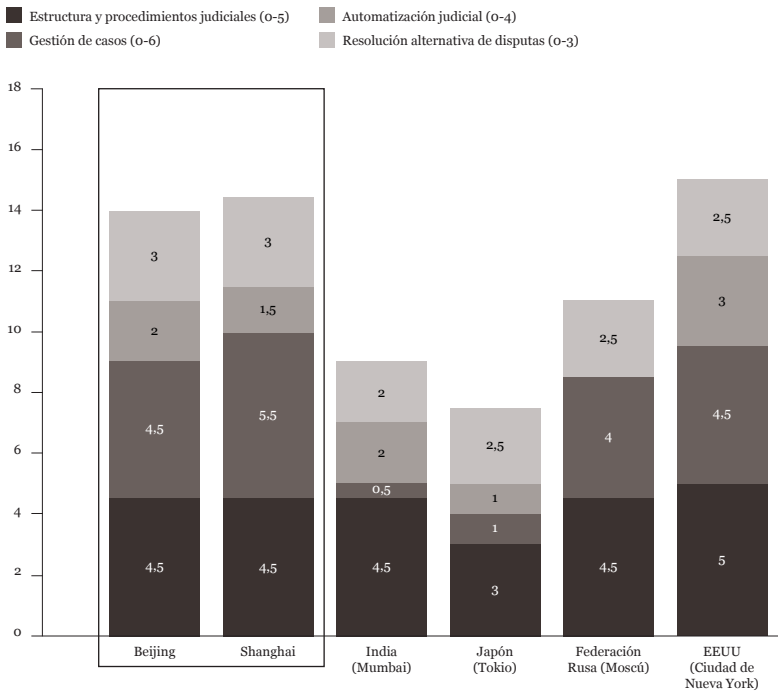


Figura V: Índice de calidad de los procesos judiciales en China y economías comparadas. Fuente: *Doing Business* database

Como podemos observar, por ejemplo, en comparación con Estados Unidos, China obtiene menos puntuaciones en los factores de estructura y procedimientos judiciales y automatización judicial, y más puntuaciones en los factores de gestión de casos y resolución alternativa de conflictos. Se destaca

que China logra un 3 en resolución alternativa de conflictos, que es la puntuación más alta de este factor.

Además, el *WJP Rule of Law Index 2016*²⁶ evalúa el Estado de Derecho sobre la base de las experiencias y percepciones del público en general y de los expertos nacionales en todo el mundo. Las puntuaciones de los países y sus clasificaciones del *WJP Rule of Law Index 2016* se derivan de más de 110,000 hogares y 2,700 encuestas de expertos en 113 países y jurisdicciones. Las puntuaciones oscilan entre 0 y 1 (indicando el 1 la mayor adhesión al Estado de Derecho), que se basan en las respuestas de una muestra representativa de 1,000 encuestados en las tres ciudades más grandes por país y un conjunto de profesionales legales y académicos del país.

El *WJP Rule of Law Index 2016* presenta un retrato del Estado de Derecho en cada país proporcionando puntuaciones y clasificaciones organizadas en ocho factores²⁷: Limitaciones del Poder del Gobierno (*Constraints on Government Powers*), Ausencia de Corrupción (*Absence of Corruption*); Gobierno Abierto (*Open Government*), Derechos Fundamentales (*Fundamental Rights*), Orden y Seguridad (*Order and Security*), Cumplimiento Normativo (*Regulatory Enforcement*), Justicia Civil (*Civil Justice*) y Justicia Penal (*Criminal Justice*).

Entre estos ocho factores, es más de nuestra preocupación el factor de la Justicia Civil que se compone por los siguientes indicadores: Accesibilidad y asequibilidad (*Accessibility and affordability*), No discriminación (*No discrimination*), No corrupción (*No corruption*), Ninguna influencia indebida del gobierno (*No improper government influence*), No tardanza irrazonable (*No unreasonable delay*), Aplicación efectiva (*Effective enforcement*), y ADRs imparciales y efectivos (*Impartial and effective ADRs*).

Como se puede observar en la Tabla IX, en comparación con España, China sólo obtiene calificaciones mejores en los indicadores relacionados con la aplicación efectiva del Derecho y la tardanza irrazonable de Justicia Civil; no obstante, obtiene calificaciones peores en los demás indicadores, especialmente en los relativos a la discriminación, la corrupción y la influencia del gobierno; en cuanto a los ADRs, China logra una calificación levemente menor que la de España.

26 WORLD JUSTICE PROJECT. *World Justice Project Rule of Law Index*, 2016. Disponible en: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/RoLI_Final-Digital_o.pdf.

27 Un noveno factor, la Justicia Informal, se evalúa pero no se incluye en las puntuaciones agregadas y las clasificaciones.

INDICADORES	CHINA	ESPAÑA
Accesibilidad y asequibilidad	0.59	0.70
No discriminación	0.43	0.73
No corrupción	0.45	0.72
Ninguna influencia indebida del gobierno	0.23	0.65
No tardanza irrazonable	0.76	0.48
Aplicación efectiva	0.58	0.52
ADRs imparciales y efectivos	0.62	0.77
Justicia Civil	0.52	0.65
Clasificación Global	62/113	29/113

Tabla IX: Justicia Civil de China y España. Elaboración propia, los datos provienen de:
WORLD JUSTICE PROJECT. *World Justice Project Rule of Law Index*, cit.

4.2. Litigiosidad vs Mediación

Por lo siguiente, vamos a examinar los datos empíricos que ponen en comparación la litigiosidad y la mediación en China. Observando la tabla y el gráfico siguientes²⁸, podemos ver claramente que, en China, desde 1986 hasta 2009, mientras que la litigación mantenía un aumento constante, la mediación popular experimentó bajas y subidas en su desarrollo que se puede resumir en dos etapas:

-Desde el año 1990, el número de casos resueltos por la mediación popular y la proporción de la mediación popular en la resolución de disputas comenzaron a seguir bajándose, pero siempre era más alto que el número de casos aceptados por los tribunales populares de primera instancia hasta el año 2002;

-Desde el año 2002, tanto el número de casos resueltos por la mediación popular como la proporción de la mediación popular en la resolución de disputas mostraban una tendencia ascendente constante, y el número de casos resueltos por la mediación popular era muy cercano al número de casos aceptados por los tribunales populares de primera instancia.

²⁸ La tabla y el gráfico son de: 朱新林, “人民调解: 衰落与复兴”, cit. (ZHU XINLIN, “Sistema de Mediación Popular: decadencia y renacimiento”, cit.) y traducidos por Xinwei Li.

LA MEDIACIÓN EN CHINA

Año	Número de Comité de Mediación Popular (diez mil)	Número de Mediador Popular (diez mil)	Número de Casos Resueltos por la Mediación Popular (diez mil)	Número de Casos Civiles Aceptados por los Tribunales Populares de Primera Instancia (diez mil)	Casos Resueltos por la Mediación Popular/Casos Civiles Aceptados por los Tribunales Populares de Primera Instancia
1986	95.76	608.73	730.7	131.16	5.571:1
1987	98.03	620.58	696.61	157.84	4.4134:1
1988	100.26	637.04	725.52	196.87	3.6853:1
1989	100.6	593.71	734.1	251.1	2.9235:1
1990	102.05	625.62	740.92	244.41	3.0315:1
1991	104.03	991.41	712.55	244.82	2.9105:1
1992	101.12	1017.92	617.32	260.1	2.3734:1
1993	100.79	976.65	622.3	298.37	2.0857:1
1994	100.94	999.76	612.37	343.75	1.7814:1
1995	101	1025.87	602.85	399.73	1.5081:1
1996	100.2	1035.4	580.2	461.38	1.2575:1
1997	98.5	1027.4	554.3	476.09	1.1643:1
1998	98.4	917.5	526.7	483.02	1.0904:1
1999	97.41	880.25	518.86	505.48	1.0265:1
2000	96.4	844.5	503.1	471.01	1.0681:1
2001	92.3	779.3	486.1	461.5	1.0533:1
2002	89.06	716.16	314.1	442.01	0.7106:1
2003	87.8	669.2	449.2	441.02	1.0185:1
2004	85.33	514.42	441.42	433.27	1.0188:1
2005	84.71	509.65	448.68	438.01	1.0244:1
2006	84.3	498.19	462.8	438.57	1.0552:1
2007	83.66	486.87	480.02	472.44	1.016:1
2008	82.74	479.29	498.14	541.26	0.9203:1
2009	82.37	493.89	579.73	580.01	0.9995:1

Tabla X: Datos básicos sobre la resolución de disputas ejercida por la mediación popular y los tribunales populares entre 1986-2009

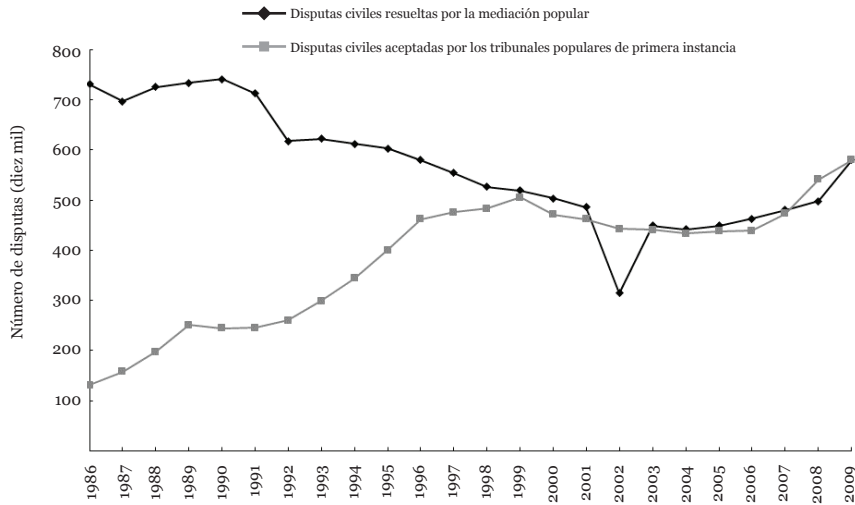


Gráfico comparativo entre disputas civiles resueltas por la mediación popular y aceptadas por los tribunales populares de primera instancia

4.3. La decadencia de la mediación popular

Muchos académicos han estudiado las causas de la decadencia de la mediación popular.²⁹ En resumen, como pone de manifiesto Zhu, se debía ma-

29 Vid. en: 朱新林, “人民调解: 衰落与复兴”, cit. (ZHU XINLIN, “Sistema de Mediación Popular: decadencia y renacimiento”, cit.); 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit.); 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, cit. (HONG DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, cit.); 徐昕, “完善人民调解制度与构建和谐社会”, 中国司法, 4, 2006. (XU XIN, “La mejora del sistema de mediación popular y la construcción de una sociedad armoniosa”, *Justicia de China*, 4, 2006.); 范愉, “社会转型中的人民调解制度 – 以上海市市长宁区人民调解组织改革的经验为视点”, 中国司法, 10, 2004. (FAN YU, “El sistema de mediación popular en una sociedad de transición – observando las experiencias de la reforma en las organizaciones de mediación popular del distrito de Changning de la ciudad de Shanghai”, *Justicia de China*, 10, 2004.); 陈志新, “关于在发展人民调解制度之吸纳国外ADR成果的思考”, 中国司法, 4, 2005. (CHEN ZHIXIN, “Reflexiones sobre adoptar los logros extranjeros de los ADRs en el desarrollo del sistema de mediación popular”, *Justicia de China*, 4, 2005.)

yotariamente a tres motivos: el efecto de desviación de los procesos judiciales en la resolución de disputas; la transformación de la estructura social; y las deficiencias propias de la mediación popular³⁰.

4.3.1. Efecto de desviación de los procesos judiciales en la resolución de disputas

Esta tendencia se muestra muy clara en el gráfico anterior. Por un lado, como bien señala Xu, desde la Reforma y Apertura de 1978, China seguía fortaleciendo la construcción legal, como consecuencia, las ideas del Derecho fueron ampliamente aceptadas y se convirtieron gradualmente en un consenso social lograr la Justicia a través de los procesos judiciales, que llegaron a ser la manera principal de resolución de conflictos. Mientras tanto, la mediación extrajudicial, los recursos privados y otros métodos adecuados de resolución de diferencias se pusieron erróneamente en la oposición contra los procesos judiciales y el Estado del Derecho, por lo que fueron excluidos y suprimidos³¹.

Por otro lado, como pone de manifiesto Fan, en aquel entonces, dado que el nivel de autonomía de la sociedad china estaba bastante bajo, la sociedad esperaba más que se hicieran los ajustes sociales por medio del Derecho y las regulaciones nacionales vinculantes, en otras palabras, la demanda de recursos públicos era mucho mayor que la del ajuste autónomo social. Por lo tanto, cuando sucediera una disputa, las partes comprometidas preferirían recurrir a los gobiernos locales, los órganos administrativos y judiciales³².

4.3.2. La transformación de la estructura social

Según Zhu, por un lado, la “desfamiliarización” de la estructura social debilitó las bases sociales de la mediación popular.

30 朱新林, “人民调解: 衰落与复兴”, cit. (ZHU XINLIN, “Sistema de Mediación Popular: decadencia y renacimiento”, cit.)

31 徐昕, “完善人民调解制度与构建和谐社会”, cit. p. 65. (XU XIN, “La mejora del sistema de mediación popular y la construcción de una sociedad armoniosa”, cit. p. 65.)

32 范愉, “社会转型中的人民调解制度 - 以上海市长宁区人民调解组织改革的经验为视点”, cit. p. 56. (FAN YU, “El sistema de mediación popular en una sociedad de transición - observando las experiencias de la reforma en las organizaciones de mediación popular del distrito de Changning de la ciudad de Shanghai”, cit. p. 56.)

Antes de la Reforma y Apertura, la sociedad china tenía dos características básicas: en principio, los individuos pertenecían a diferentes unidades o colectivos; y faltaba la movilidad social, incluidas la movilidad profesional y la movilidad geográfica.³³

En tal sociedad, como bien apunta Song, situada en la estructura social enlazada con la sangre, el parentesco y las unidades, la mediación popular pudo utilizar plenamente los recursos locales, tales como las relaciones interpersonales, la costumbre, la emoción, la razón, las normas locales, etc., para facilitar la resolución de controversias³⁴.

No obstante, después de la Reforma y Apertura, la sociedad china experimentó enormes cambios. En las zonas rurales y urbanas, el control que habían ejercido los colectivos y las unidades sobre las personas disminuyó en gran medida, mientras que la movilidad social aumentó considerablemente por razones de que: un gran número de agricultores abandonaron sus hogares y migraron a una comunidad extraña por motivo laboral; los empleados de las ciudades cambiaban del trabajo muy fácilmente; la gente fluían con frecuencia y rápidamente entre las regiones por motivos de negocio, trabajo, educación, turismo, etc.³⁵

Como consecuencia, la red ética, que se ha mencionado en el Capítulo I, se redució drásticamente hasta la unidad más pequeña, la familia en sentido más estricto. Como bien señala Chen, la sociedad extraña formada por las relaciones sociales basadas en la forma contractual estaba reemplazando gradualmente a la sociedad conocida o la sociedad local formada por las relaciones sociales basadas en la sangre y la residencia³⁶.

33 李汉林, 中国单位社会: 议论、思考与研究, 上海人民出版社, 上海, 2004. (LI HANLIN, *La sociedad china de unidades: argumentación, reflexión e investigación*, Editorial Popular de Shanghai, Shanghai, 2004.)

34 宋明, “人民调解的正当性论证——民间纠纷解决机制的法社会学研究”, 山东大学学报 (哲学社会科学版), 3, 2008. p. 49. (SONG MING, “Sobre la justificación de la mediación popular - estudio sociológico y jurídico acerca del mecanismo de solución de controversias civiles”, *Revista de la Universidad de Shandong (Filosofía y Ciencias Sociales)*, 3, 2008. p. 49.)

35 Vid. en: 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. pp. 319-320. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. pp. 319-320.)

36 陈志新, “关于在发展人民调解制度之吸纳国外ADR成果的思考”, cit. p. 49. (CHEN ZHIXIN, “Reflexiones sobre adoptar los logros extranjeros de los ADRs en el desarrollo del sistema de mediación popular”, cit. p. 49.)

Estos cambios dejaron un impacto profundo en el mecanismo de resolución de disputas. En el proceso de mediación, la gente ya no consideraban como objetivos principales la armonía colectiva, la relación, la emoción, sino perseguían la maximización de los intereses. Por lo tanto, no querían someter la controversia al mediador, o aunque si se presentaba la mediación, sería difícil llegar a un acuerdo.³⁷

Por otro lado, según Zhu, surgieron un gran número de nuevos tipos de conflictos, lo que enfrentó al sistema de mediación popular con nuevas exigencias y retos que principalmente se manifestaban en dos aspectos:

- Primero, con los cambios rápidos en las relaciones sociales, el contenido de las disputas también cambió. No sólo surgieron nuevos tipos de disputas en los ámbitos de la empresa, la bolsa de los valores, la propiedad intelectual, la adquisición de tierras y la demolición, las molestias causadas por las obras de construcción y otros, sino que también en los tipos originales de disputas apareció nuevo contenido bajo la nueva situación tales como la cohabitación sin matrimonio, el matrimonio relacionado con el extranjero, la propiedad de la construcción, la gestión de fincas, etc.³⁸ El arreglo de estas disputas debía basarse en conceptos y reglas nuevas y cambiantes³⁹;

- Segundo, en la sociedad sucedió la llamada legalización que cada vez más relaciones sociales se pusieron bajo la regulación del Derecho, por lo tanto, la resolución de disputas requería más conocimientos y tecnologías jurídicas. Puesto que la mayoría de los mediadores populares eran amateurs y voluntarios, era casi imposible para ellos garantizar la actualización instantánea de conocimientos e ideas, e invertir una gran cantidad de recursos humanos y financieros para aprender conocimientos y tecnologías jurídicas, por lo que no eran competentes de hacer frente a estas nuevas disputas. Por el contrario, los procesos judiciales eran operados por las personas profesionales y técnicas como los jueces y abogados, en que obviamente destacaban sus ventajas y capacidades.⁴⁰

37 Vid. más en: 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 320. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 320.)

38 朱新林, “人民调解: 衰落与复兴”, cit. p. 177. (ZHU XINLIN, “Sistema de Mediación Popular: decadencia y renacimiento”, cit. p. 177.)

39 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, cit. p. 320. (ZHU JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, cit. p. 320.)

40 Ibid.

4.3.3. Deficiencias propias de la mediación popular

Entre estos tres motivos de la decadencia de la mediación popular, Zhu considera como el factor clave que el sistema de mediación popular en sí no innovó suficientemente con los tiempos e indica sus cuatro defectos:

En primer lugar, respecto al efecto legal del acuerdo alcanzado a través de la mediación popular. Según Zhu, la legislación anterior, como el artículo 9 de las *Regulaciones Orgánicas del Comité de Mediación Popular* y el artículo 16 de la *Ley del Enjuiciamiento Civil de la República Popular China*, sólo disponía que las partes involucradas debían cumplir con el acuerdo de mediación, sin establecer ningún efecto legal del cumplimiento obligatorio, como consecuencia, las partes en disputa podían incumplir el acuerdo a su antojo.

En segundo lugar, en cuanto a la baja calidad de los mediadores populares. Como se ha mencionado en la parte anterior, con el desarrollo de la sociedad, cada vez más disputas civiles mostraron las características de especialización, complejidad y diversidad, lo que enfrentó a los mediadores populares con mayores requerimientos sobre sus propias cualidades.

No obstante, según el *Informe Estadístico de los Estudios Empíricos de la Mediación Popular*, publicado en junio de 2007 por el Instituto de los Procedimientos Civiles de la Universidad China de Ciencias Políticas y Jurídicas, los mediadores populares con una educación superior a la diplomatura sólo ocuparon el 14.4 por ciento de la totalidad, y los con una educación de escuela secundaria obligatoria, bachillerato y grado medio ocuparon el 85.6 por ciento. No resultaron satisfactorias tanto su calidad académica como profesional.⁴¹

Además, como pone de manifiesto Zhu, en aquel entonces, ya no era fácil desarrollar la mediación dependiendo sólo de la moralidad y la relación. Teniendo en cuenta que una gran cantidad de mediadores tenían varias ocupaciones y su movilidad laboral era frecuente, faltaba un mecanismo del estímulo estable y eficaz para mantener su preocupación en el trabajo de mediación.

En tercer lugar, en cuanto a la escasez de fondos. Zhu indica que tanto *Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación Popular* como las *Regulaciones Orgánicas del Comité de Mediación Popular* disponían que el Comité de Mediación Popular realizaba mediación en disputas civiles de manera

41 宋朝武, 调解立法研究, cit. (SONG CHAOWU, *Estudios sobre la Legislación de Mediación*, cit.)

gratuita. Los fondos del trabajo del Comités de Mediación Popular y los fondos del subsidio de los mediadores populares provenían de los comités de aldeanos, los comités de residentes, las empresas e instituciones. Además, los órganos judiciales y administrativos solucionaban la financiación de la orientación y el premio de la mediación popular a través de obtener el apoyo de los gobiernos populares del mismo nivel.

Sin embargo, en la práctica, la escasez de fondos influyó en gran medida en la realización del trabajo de los Comités de Mediación Popular y en el entusiasmo del trabajo de los mediadores populares, particularmente en las áreas subdesarrolladas económica y culturalmente.

Por último, respecto a los métodos inadecuados del trabajo. Los métodos del trabajo de la mediación popular tenían muchas deficiencias en sí mismos, por lo que era difícil adaptarse a las necesidades del trabajo de mediación popular bajo la nueva situación. Zhu propone algunos ejemplos como: ponían demasiado énfasis en la armonía; prestaban más atención a las substancias ignorando los procesos; realizaban mediación de manera obligatoria contra la voluntad de las partes, etc. Como consecuencia, afectaron a la credibilidad y la eficiencia de la labor de mediación popular, y causaron que los derechos e intereses legítimos de las partes no fueron protegidos de manera justa, adecuada y oportuna.

4.4. El renacimiento de la mediación popular

El número de casos resueltos por la mediación popular comenzó a subir otra vez en 2002 presentando signos del renacimiento. Sobre los motivos del renacimiento, en el mundo académico existen menos investigaciones. Partiendo del punto de vista de que el hecho de que el sistema de mediación popular en sí no innovó suficientemente con los tiempos consiste en el factor clave de su decadencia, Zhu lo atribuye, en mayor parte, a la reforma y la perfección del sistema bajo la promoción oficial, argumentándolo desde tres aspectos: ¿por qué debe el gobierno promover la mediación popular?; la reforma y la perfección del sistema bajo la promoción oficial; y los logros de estos esfuerzos oficiales⁴².

42 朱新林, “人民调解: 衰落与复兴”, cit. pp. 178-181. (ZHU XINLIN, “Sistema de Mediación Popular: decadencia y renacimiento”, cit. pp. 178-181.)

4.4.1. ¿Por qué debe el gobierno promover la mediación popular?

Como pone de manifiesto Zhu, en 2002, el *Informe del Dieciseisavo Congreso del Partido Comunista de la República Popular China* contempló por primera vez, de manera clara, la sociedad más armoniosa como una meta importante del Partido. En septiembre de 2004, la Cuarta Sesión Plenaria de la 16ª Comité Central del Partido Comunista de China propuso otra vez la tarea de construir la sociedad socialista armoniosa, poniéndola sin precedentes en un lugar destacado junto con la construcción económica, la construcción cultural y la construcción política, también formando parte importante del fortalecimiento de la capacidad del gobierno del Partido.

En octubre de 2006, la Sexta Sesión Plenaria de la 16ª Comité Central del Partido Comunista de China aprobó la *Decisión del Comité Central del Partido Comunista de China sobre Varias Cuestiones Importantes en la Construcción de la Sociedad Socialista Armoniosa*, que consideró la sociedad armoniosa como una meta de lucha, y también propuso requisitos para los sistemas de apoyo.

Así que la armonía se convirtió en la palabra más popular e importante en la sociedad china contemporánea, igual que en la sociedad tradicional. Justamente bajo el contexto político de construir la sociedad armoniosa, el sistema de mediación popular recibió un favor especial desde el gobierno.

Debido a que “la construcción de la sociedad socialista armoniosa consiste en un proceso continuo de resolución de conflictos sociales”⁴³, exige que todos los tipos de conflictos puedan obtener una resolución oportuna y adecuada, mientras que, como ya conocemos, el sistema de mediación popular ocupa un lugar muy importante y especial en el mecanismo de resolución de diferencias en China.

En realidad, basándose en los datos estadísticos, sí existe cierta correlación positiva entre fortalecer la mediación popular y promover la armonía y la estabilidad de la sociedad. En las tres décadas a partir de la Reforma y Apertura de China, los Comités de Mediación Popular resolvieron un total de 160 millones de disputas con una tasa del éxito superior al 96%; evitaron más de treinta millones de suicidios provocados por disputas civiles; previnieron

43 Vid. en: *Decisión del Comité Central del Partido Comunista de China sobre Varias Cuestiones Importantes en la Construcción de la Sociedad Socialista Armoniosa*, 11 de octubre de 2006, disponible en: http://news.xinhuanet.com/politics/2006-10/18/content_5218639.htm.

más de ochenta millones de disputas civiles a convertirse en casos penales; detuvieron más de 150 millones de peleas de grupo.⁴⁴

Por lo tanto, Zhu concluye que teniendo en cuenta la importancia especial del sistema de mediación popular en los ámbitos jurídico y político y su conexión perfecta con la sociedad armoniosa, su decadencia continua no podía sino causar la ansiedad y la reflexión al gobierno.

4.4.2. Reforma y perfección del sistema bajo la promoción oficial

Zhu propone dos aspectos principales en que el gobierno apoyaba y promovía el sistema de mediación popular a partir del año 2002, que son aspectos político y jurídico:

- Políticamente, la *Decisión del Comité Central del Partido Comunista de China sobre Varias Cuestiones Importantes en la Construcción de la Sociedad Socialista Armoniosa* desarrolló un plan integral con el fin de construir la sociedad socialista armoniosa, señalando de manera clara que debían utilizar más el medio de mediación para resolver, a nivel básico y en el brote, los conflictos.

Las *Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular bajo Nuevas Circunstancias* subrayaron en su comienzo que *el fortalecimiento del trabajo de la mediación popular bajo nuevas circunstancias consistía en un requisito objetivo para la construcción de la sociedad socialista armoniosa, y un método efectivo de prevención y resolución de conflictos y disputas y de promoción de la armonía y la estabilidad de la sociedad, jugando un papel fundamental en el sistema de mediación de conflictos y disputas sociales, y la construcción de la sociedad socialista armoniosa dotó la mediación popular de mayor responsabilidad y de un escenario más amplio*⁴⁵.

Además, en aquel entonces, ex-Presidente Hu Jintao destacó en diferentes ocasiones que debían dar pleno juego al papel de la mediación popular en la

44 人民调解编辑部, “继承和发扬人民调解工作优良传统, 以优异成绩迎接新中国成立60周年”, 人民调解, 10, 2009. (DEPARTAMENTO DE EDICIÓN DE MEDIACIÓN POPULAR, “Here-dar y llevar adelante las buenas tradiciones de mediación popular, con logros sobresalientes para saludar el 60 aniversario de la fundación de la Nueva China”, *Mediación Popular*, 10, 2009.)

45 Vid. en: *Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular bajo Nuevas Circunstancias*, Tribunal Popular Supremo y Ministerio de Justicia, 23 de agosto de 2007.

construcción de la sociedad socialista armoniosa.⁴⁶ El Tribunal Popular Supremo y el Ministerio de Justicia también convocaron varias veces la Reunión Nacional del Trabajo de Mediación Popular, investigando y planificando su desarrollo y reforma.

Zhu señala que esta serie de iniciativas reflejaron la preocupación y el apoyo del gobierno chino al sistema de mediación popular, y también proporcionaron bases políticas a los departamentos funcionales pertinentes para que pudieran promover la reforma del sistema de mediación popular.

- Jurídicamente, como antes mencionado, según el resumen hecho por Zhu, desde las *Reglas Generales Interinas de 1954*, en total existían 32 regulaciones jurídicas a nivel nacional específicamente para la mediación popular (incluidos leyes, reglamentos administrativos, jurisprudencias, normas departamentales, documentos normativos departamentales, regulaciones industriales), y 20 de ellas se promulgaron después del año 2002, mostrando claramente la atención sin precedentes y los esfuerzos de reforma que el gobierno puso en el sistema de mediación popular durante este período.

4.4.3. Logros de estos esfuerzos oficiales

Como pone de manifiesto Zhu, estos esfuerzos oficiales promoviendo la mediación popular crearon sobre todo un buen ambiente externo y un apoyo normativo para el desarrollo del sistema de mediación popular. El gobierno central requería que los comités del Partido y los gobiernos a todos los niveles fortalecieran fervientemente la organización y la orientación del trabajo de mediación popular desde las jerarquías, con el fin de garantizar la estabilidad social y política, y deberían resolver los problemas que restringirían el desarrollo de la mediación popular en diversos aspectos tales como la comprensión ideológica, la garantía de fondos, la propaganda, la construcción de Justicia a nivel básico, el apoyo y la orientación de los tribunales populares básicos.

Además, lograron la mejora y la innovación de la mediación popular en sí, eliminando en cierta medida los cuellos de botella del sistema que habían limitado su desarrollo por mucho tiempo. Como se ha mencionado anterior-

⁴⁶ Como en el discurso de inspecciones de Hunan (2003), el discurso hecho en el simposio de los principales líderes y cuadros a nivel provincial y ministerial sobre el tema de mejorar la capacidad de construir la sociedad socialista armoniosa (2005), etc.

mente, las cuestiones que limitaron seriamente el desarrollo del sistema de mediación popular eran: el efecto legal del acuerdo de la mediación popular no estaba claro; la calidad profesional de los mediadores era, en general, baja; los fondos de los comités de mediación no eran suficientes.

A partir del año 2002, se promulgaron de forma sucesiva las *Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular durante el Nuevo Periodo*, *Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular del Tribunal Popular Supremo*, las *Opiniones sobre el Fortalecimiento Ulterior de la Garantía de Fondos para la Mediación Popular*, *Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación Popular del Ministerio de Justicia*, y finalmente la *Ley de Mediación Popular de la República Popular China*. Dichos documentos legales estaban destinados a aportar el remedio adecuado para estos problemas, por lo que eliminaron hasta cierto punto los obstáculos para el desarrollo de la mediación popular, dando a luz a su renacimiento.

4.5. Cuestiones a solucionar

A pesar de que la mediación popular dio un paso en el camino hacia el renacimiento, no podemos ser tan optimistas llegando a la conclusión de que había salido de la depresión, dado que, observando la tabla y el gráfico anteriores, podemos ver que hasta el año 2009 la solución total de disputas por la mediación todavía estaba en un nivel bajo. Si consideramos su proporción en la resolución total de disputas, obtenemos un resultado aún peor.

Como pone de manifiesto Zhou, la mediación popular no ha salido realmente de la depresión, en la superficie parece que los tres documentos⁴⁷ no son suficientes: no sólo sus propias disposiciones están en contradicción con la ley vigente del entonces⁴⁸, sino que también existen un número de

47 Se refieren a los tres documentos del año 2002: la *Notificación sobre la Remisión por parte de la Oficina General del Comité Central del Partido Comunista de China y la Oficina General del Consejo de Estado de la República Popular China de las Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular bajo Nuevas Circunstancias*; *Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular del Tribunal Popular Supremo*; y *Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación Popular del Ministerio de Justicia*.

48 Vid. más en: 曹光耀; 金权, “人民调解制度改革的不足与反思”, 法治论丛: 上海大

puntos ciegos en la teoría y la práctica que aún se quedan sin resolver. No obstante, la razón profunda reside en que todavía no han sido efectivamente resueltas las tres contradicciones básicas de la mediación popular: nacionalización y no-nacionalización, institucionalización y no-institucionalización, especialización y no-especialización. Por lo tanto, se puede considerar que la *Ley de 2010* se publica bajo este contexto con la misión del renacimiento⁴⁹.

A continuación, vamos a examinar los datos pertinentes después de la publicación de la *Ley de 2010* y su efecto:

Año	Número de Comité de Mediación Popular (diez mil)	Número de Mediador de Mediación Popular (diez mil)	Número de Casos Resueltos por la Mediación Popular (diez mil)	Número de Casos Civiles Resueltos por los Tribunales Populares de Primera Instancia (diez mil)	Casos Resueltos por la Mediación Popular/Casos Civiles Resueltos por los Tribunales de Primera Instancia
2010			841.8	611.2	1.377:1
2011			893.5	655.9	1.3623:1
2012	81.7	428.1	926.6	720.6	1.286:1
2013	82	422.9	943.9	355.4	2.6559:1
2014			933	522.8	1.785:1
2015	798	391.1	933.1	622.8	1.498:1

Tabla XI: Datos básicos sobre la resolución de disputas ejercida por la mediación popular y los tribunales populares entre 2010-2015. Elaboración propia, y los datos provienen de: ASOCIACIÓN JURÍDICA DE CHINA, *Informes Anuales sobre el Sistema Jurídico de China*, 2010-2015. Disponibles en: <https://www.chinalaw.org.cn/>

Como se desprende de estos datos anteriores, la *Ley de 2010* jugó, sin lu-

法学院上海市政法管理干部学院学报, 5, 2003. (CAO GUANGYAO; JIN QUAN, “La deficiencia y reflexión de la reforma del sistema de Mediación Popular”, *Revista Jurídica del Instituto de Cuadros Administrativos de Shanghai de Política y Derecho*, 5, 2003.)

49 周望, “转型中的人民调解: 三个悖论”, 社会科学, 10, 2011. (ZHOU WANG, “La mediación popular en transformación: tres paradojas”, *Ciencias Sociales*, 10, 2011.)

gar a dudas, un impulso para el renacimiento de la mediación popular, especialmente en el año 2010 de su publicación. En comparación con 2009, el número de casos solucionados por la mediación saltó de 5,797,300 a 8,418,393, con una tasa del crecimiento aproximadamente 45 por ciento. Y después, el número de casos resueltos por la mediación popular sigue creciendo y siempre es más alto que el número de casos civiles resueltos por los tribunales populares de primera instancia.

Por supuesto, el sistema de mediación popular todavía tiene muchos problemas en este momento. Uno de ellos ha sido bien indicado por Halegua, “en la actualidad, un número desproporcionadamente elevado de casos mediados involucran a personas mayores; sin embargo, parece improbable que las generaciones más jóvenes, menos aversivas a la litigación, crezcan a preferir que sus problemas sean resueltos por la mediación como el caso de sus padres y abuelos. Si la legalización y la formalización no continúan convenciendo a los chinos más jóvenes, más ricos y cultos para que usen la mediación popular, cuya relevancia sólo disminuirá con el tiempo”⁵⁰.

Desde mi punto de vista, esto refleja la falta de confianza de las generaciones más jóvenes en la mediación que se debe, en gran parte, a su proceso no estructurado en que los mediadores no están bien capacitados para tratar muchos casos.

Como bien apunta García Villaluenga, “la figura del mediador es clave para que la mediación pueda servir a los fines para los que fue pensada y buena prueba de ello es la relación directa que tanto la doctrina como los más importantes instrumentos internacionales en la materia establecen entre la eficacia de la mediación y la labor del mediador”⁵¹. También indica que “la seriedad, el reconocimiento y la consolidación de la propia institución de la mediación dependen de que las personas que la ejercen estén idóneamente capacitadas para desempeñar tal función”⁵².

Además, como ponen de manifiesto Díez Riaza y Gisbert Pomata, “la mediación va a tener éxito dependiendo de la existencia de buenos mediadores, de que estos respeten el principio de confidencialidad y de que su actuación, además de estar guiada por una excelente formación, se conduzca también

50 A. HALEGUA, “Reforming the People’s Mediation System in Urban China”, *Hong Kong Law Journal*, vol. 35: 715, 2005.

51 Vid. en: L. GARCÍA VILLALUENGA, “La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?”, cit. p. 65.

52 *Ibid.* p. 71.

por una ética intachable que difunda entre los ciudadanos las bondades de este sistema alternativo de solución de conflictos”⁵³.

En la parte final de este libro, continuaré profundizando la investigación sobre los problemas existentes en la mediación de la actual China e intentaré proponer algunas sugerencias para promover aún más su renacimiento.

53 S. Díez RIAZA; M. GISBERT POMATA, “La conexión entre la mediación civil y mercantil y el proceso judicial”, en X. ABEL LLUCH (Coord.) *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, J. Bosch, Barcelona, 2014. p. 654.

CAPÍTULO IV

MEDIACIÓN EN EL MUNDO OCCIDENTAL

Para abordar el tema de la mediación en los países occidentales, procede como premisa abordar las teorías del conflicto y su intervención.

El conflicto en sí mismo no es malo ni bueno, sino depende de cómo abordarlo.¹ Es muy ilustrativa la metáfora ofrecida por Follett, comparando el conflicto con la fricción: propone que las tareas principales de los mecánicos consisten en, por supuesto, eliminar la fricción, pero también en capitalizarlo (por ejemplo, la transmisión de energía por cintas depende de la fricción entre cintas y poleas; la música del violín se obtiene por fricción, etc.). Así que podríamos hacer lo mismo con el conflicto, permitiéndolo facilitar algo para nosotros².

Como bien apunta Menkel-Meadow, “visto como un fenómeno social, el conflicto existe en muchos niveles diferentes - individual, familiar, grupo o nación-estado”³. Moffitt y Bordone han indicado que “a nivel macro, en un mundo en el que la injusticia y el abuso de poder todavía existen, las disputas pueden desempeñar una función útil como agentes de cambio”⁴. De hecho, en muchos acontecimientos de la historia humana los conflictos crearon grandes oportunidades y enormes avances en la sociedad, como la Revolución Francesa o la Guerra Civil de EE.UU.

Sin embargo, “a pesar de la capacidad de las disputas a funcionar como vehículos para un cambio social positivo, la mayoría de nosotros experimentamos disputas como pesadas”⁵ y “nos acercamos al conflicto con una actitud

1 R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, “La dinámica del conflicto”, en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013. p. 155.

2 M. P. FOLLETT, “Constructive conflict”, en P. GRAHAM (ed.) *Mary Parker Follett-Prophet of Management: A Celebration of Writings from the 1920s*, Harvard Business School Press, Boston, 1995. pp. 67-68.

3 C. J. MENKEL-MEADOW, “Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005. p. 14.

4 M. L. MOFFITT; R. C. BORDONE, “Perspectives on dispute resolution”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005. p. 2.

5 *Ibid.*

negativa u opiniones que nos dicen que el conflicto es malo y que causa dolor, estrés, temor y relaciones amargas”⁶.

Además, aún si no tuviéramos interrelaciones con otros, el conflicto todavía existiría a nivel intrapersonal dentro de nosotros mismos⁷, que “dentro de un solo ser humano se pueden encontrar conflictos vinculados a percepciones, valores, actitudes u opciones de conducta divergentes”⁸, tipo de conflicto que no abordaremos.

Contemporáneamente, el conflicto (o con otro término, la disputa⁹) se estudia en su forma menos violenta, y por ello las medidas para abordarlo deberán ser más pacíficas también.

1. Teorías del conflicto

1.1. La naturaleza del conflicto

Imagínese que haya vuelto a tiempos primitivos, delante de usted hay un naranjo y arriba sólo queda una naranja. La quiere usted porque tiene sed, pero en aquel momento, llega otra persona y la quiere también. Bajo tal situación, probablemente sucederá un conflicto. Aquí cabe destacar unos factores clave: la convivencia, recursos escasos y que no se puede satisfacer simultáneamente las necesidades de las dos partes.

6 Vid. en: R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, “La dinámica del conflicto”, cit. p. 148.

7 Alzate Sáez de Heredia describe cuatro tipos de conflictos que son: conflictos intrapersonales, conflictos interpersonales, conflictos intragrupal y conflictos intergrupales. Vid. en: *Ibid.* pp. 154-155.

8 C. J. MENKEL-MEADOW, “Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution”, cit. p. 14.

9 Raymond Shonholtz ha argumentado que en una sociedad democrática no hay conflictos, sólo disputas. En: R. SHONHOLTZ, “A General Theory on Conflict and Disputes”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2003, 2. Como bien señalan Moffitt y Bordone, algunos estudiosos usan los dos términos intercambiamente, mientras que otros ven diferencias importantes, parte de esto deriva de las diferencias disciplinarias. En usos populares, la diferencia entre ellos podría ser descrita aproximadamente como una de magnitud. Sin embargo, los autores no están convencidos de que el trabajo de diferenciar precisamente entre disputas y conflictos merece el esfuerzo. Vid. en: M. L. MOFFITT; R. C. BORDONE, “Perspectives on dispute resolution”, cit. pp. 2-3. Estoy de acuerdo con Moffitt y Bordone, por lo que en este libro los utilizo de forma intercambiable.

Carretero Morales define el conflicto como “un proceso relacional entre dos o más personas en el que se producen relaciones de carácter contencioso o antagónico que generan competencia por la obtención de unos recursos u objetivos que se perciben como incompatibles”¹⁰.

1.1.1. Dimensiones del conflicto

Un conflicto sobre cierto objeto (o cierta conducta), es normalmente en lo pensamos cuando hablamos del conflicto. De hecho, como bien apunta Mayer, sólo supone la dimensión conductual del conflicto, y por el contrario existen dos dimensiones más, la dimensión cognitiva y la dimensión emocional:¹¹

-La dimensión cognitiva se refiere a que hay un conflicto siempre que al menos una de las partes percibe que sus propias necesidades, intereses, valores o deseos son incompatibles con los del otro, sin importar si realmente existe la incompatibilidad. Volvemos a nuestro ejemplo en que ambos quieren la única naranja, si a uno o a ambos les parece que no se pueden satisfacer sus necesidades simultáneamente, sucederá un conflicto.

-La dimensión emocional se refiere a que hay un conflicto siempre que al menos una de las partes sienta que está metida en un conflicto, teniendo reacciones emocionales a la situación de tipo enojado, asustado, herido, desesperado, etc.

-La dimensión conductual se refiere a los actos que la gente adopta para expresar sus emociones y percepciones, y para satisfacer sus necesidades, particularmente cuando tales conductas tienen el potencial de interferir con las necesidades del otro.

Cabe indicar que estas tres dimensiones propuestas por Mayer no son necesariamente de reciprocidad, es decir, es posible que no “realmente” (objetivamente) haya un conflicto. Por ejemplo, puede que una de las partes sienta que haya un conflicto, pero que la otra parte no se sienta de la misma manera ni siquiera se dé cuenta de que una se sienta mal con ella, de todas maneras, hay un conflicto entre ellas.

Muy a menudo prestamos más o sola atención a las conductas, pero es de igual importancia responder a las dimensiones cognitivas y emocionales del

¹⁰ E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016. p. 21.

¹¹ B. MAYER, *The Dynamics of Conflict: A Guide to Engagement and Intervention*, second edition, John Wiley & Sons, 2012. pp 4-6.

conflicto. Si un conflicto es como la mala hierba, la dimensión conductual es la parte que aparece por encima de las tierras que se puede ver, y las dimensiones emocional y cognitiva son las raíces que quedan debajo de las tierras que no se pueden ver tan claramente. Si sólo quitamos la parte arriba y pasamos por alto las raíces, cuando haya un ambiente apropiado, las hierbas van a crecer otra vez.

1.1.2. Causas del conflicto

Indagando las causas de un conflicto, existen diferentes teorías indicando varias fuentes. Según Moore, el círculo del conflicto se compone de cinco factores: relación, información, valor, problemas estructurales, e intereses¹². Derivándose de la teoría de Moore, Mayer ha desarrollado una rueda del conflicto, mostrada en la figura VI¹³.

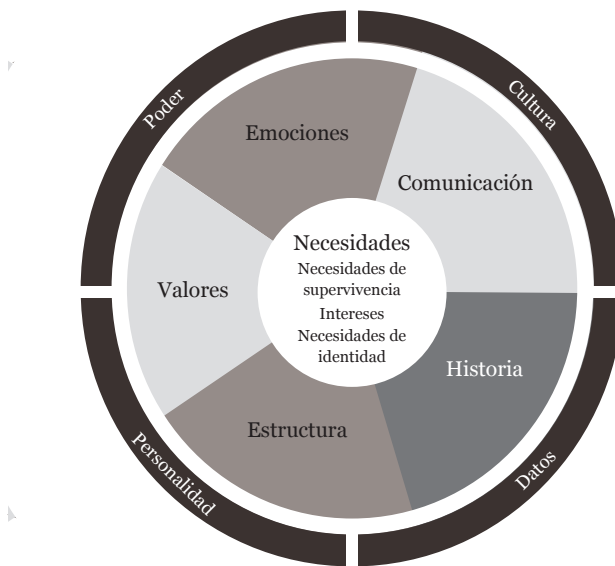


Figura VI: Rueda del conflicto

En este círculo se hallan cinco factores relevantes para el desarrollo del conflicto: comunicación, emociones, valores, estructura e historia. Y en el nú-

¹² C. W. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3rd ed., Jossey-Bass, San Francisco, 2003. pp. 64-65.

¹³ Fuente: B. MAYER, *The Dynamics of Conflict*, cit. p. 10, y traducida por Xinwei Li.

cleo localizamos las necesidades e intereses que son realmente las motivaciones del conflicto. Resolver los conflictos, en otro sentido, supone canalizar estas necesidades e intereses.

Normalmente se percibe una distinción entre las necesidades e intereses: los intereses son más transitorios y superficiales, mientras que las necesidades son más básicas y perdurables.¹⁴ En mi opinión, los intereses son un concepto ambiguo, especialmente en las culturas orientales que suelen vincularlo directamente con la faceta económica y con sensaciones frío, impersonal y egoísta, por lo tanto preferimos utilizar tales palabras alternativas como preocupaciones, necesidades o lo que importa, etc.

Hay diferentes tipos de intereses, por ejemplo, a largo plazo o a corto plazo, individuales o colectivos, conscientes o inconscientes, substantivos o procesales, etc. Moore propone tres tipos de intereses: intereses substantivos (cuestiones tangibles), intereses procesales (proceso justo), e intereses psicológicos (emoción y relación)¹⁵. Generalmente, necesitan abordar todos estos tipos de intereses en un conflicto.

En cuanto a las necesidades, de acuerdo con Maslow, hay una jerarquía de las necesidades humanas, las secuencias desde arriba hacia abajo son: autorrealización; necesidades de estima y autoestima; necesidades sociales; necesidades de seguridad; y necesidades fisiológicas de alimento, ropa y refugio. Además, Maslow propone que antes de poder satisfacer las necesidades de nivel más alto, deben estar satisfechas las necesidades más básicas.¹⁶

Mayer no está de acuerdo con la jerarquía de Maslow debido a sus observaciones en la práctica de que a menudo las partes están dispuestas a sacrificar sus necesidades de menor jerarquía a cambio de necesidades de mayor jerarquía según la clasificación por Maslow. Entonces Mayer propone otro enfoque de investigar las interrelaciones entre las necesidades, mostrado en la figura VII:¹⁷

-Necesidades de supervivencia. Esta categoría involucra tales necesidades para sobrevivir como comida, vivienda, ropa, seguridad y otras.

-Necesidades de identidad. Esta categoría incluye: necesidad de sentido (“el sentido de que la lucha en sí misma ha dotado a la vida de las personas es un factor clave de motivación”, por ejemplo, cuestiones sobre nacionalismo,

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ C. W. MOORE, *The Mediation Process*, cit. p. 75.

¹⁶ A. H. MASLOW, *Motivation and personality*, Harper & Brothers, New York, 1954.

¹⁷ B. MAYER, *The Dynamics of Conflict*, cit.

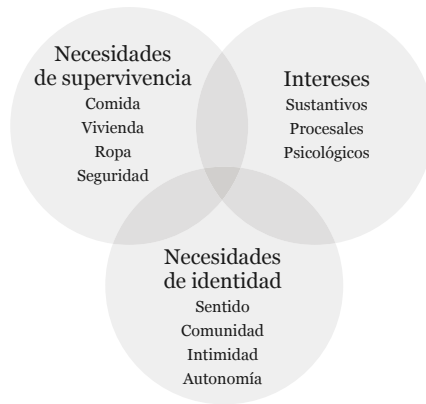


Figura VII: Necesidades humanas en un conflicto¹⁸

ecologismo, derechos animales, etc.); necesidad de comunidad; necesidad de intimidad (necesidad de conexión con otros); y necesidad de autonomía.

Según Alzate Sáez de Heredia, las causas del conflicto se pueden categorizar en tres niveles: conflictos sobre recursos, conflictos sobre necesidades psicológicas y conflictos que implican valores. Además, propone que “muchas disputas involucran una combinación de dos de estos niveles, o igual de tres. Cuando se pasa de un nivel a otro, los conflictos son más difíciles de resolver. Un conflicto sobre recursos será normalmente más rápido de resolver que un conflicto sobre necesidades psicológicas, y todavía más que un conflicto sobre valores”¹⁹.

Y Carretero Morales indica que “en muchas ocasiones no es necesario que exista un motivo racional para que surja un conflicto, simplemente con que dos partes distintas interactúen y se relacionen puede ser suficiente para que éste aparezca”²⁰.

Mientras obtenemos un mejor entendimiento sobre los conflictos, se destaca más su característica de diversidad. Por lo tanto, los enfoques de abordaje también deben ser diversos para que puedan responder adecuadamente a las diversas facetas del conflicto. En el apartado siguiente vamos a indagar cómo abordar los conflictos.

¹⁸ Fuente: *Ibid.* p. 22, y traducida por Xinwei Li.

¹⁹ Vid. más en: R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, “La dinámica del conflicto”, cit. pp. 153-154.

²⁰ E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, cit. p. 21.

1.2. Enfoques de abordaje del conflicto

Cómo abordar el conflicto depende, en gran parte, en cómo lo entendemos. Según la teoría de atribución (*The Attribution Theory*) propuesta por Allred y Heider, cómo explicamos las causas de una conducta influye en gran medida en cómo respondemos a ella; existen atribuciones disposicionales (internas), que se atribuyen a la personalidad o carácter del otro, y atribuciones situacionales (externas), que se atribuyen a la situación; nuestras experiencias históricas (la relación) con la otra persona influyen en esta evaluación, y cuanto más grave sea el conflicto, más probable será que caigamos en las explicaciones disposicionales²¹.

Follett propone tres formas principales de tratar el conflicto: dominación, compromiso e integración. La dominación es “la victoria de un lado sobre el otro”, que es la forma más fácil de tratar el conflicto a corto plazo, pero no suele tener éxito a largo plazo. El compromiso es la forma en que la mayoría de nuestras controversias han sido solucionadas; “cada lado renuncia un poco para tener paz o para que la actividad que ha sido interrumpida por el conflicto pueda continuar”. En la integración, se ha encontrado una solución en la que los deseos de ambas partes están integrados y ninguna de ellas ha tenido que sacrificar nada.²²

Follett describe un encuentro para ilustrar este método de integración. Un día que ella tuvo en la biblioteca de Harvard, en una de las habitaciones más pequeñas, alguien quería abrir la ventana porque quería más aire en la habitación, pero Follett la quería cerrada porque no quería que el viento la golpeará directamente. En fin, abrieron la ventana de la habitación de al lado donde nadie estaba sentado. De esta manera, nadie tuvo que comprometer y ambos obtuvieron lo que realmente querían²³.

Como bien apunta Menkel-Meadow, “una gran parte de nuestros conocimientos actuales de la negociación integrativa, que ahora se aplican a las relaciones laborales²⁴ y la negociación basada en resolución de problemas y

21 Vid. en: K. G. ALLRED, “Anger and retaliation in conflict: The role of attribution”, en M. DEUTSCH, P. T. COLEMAN (eds.) *The handbook of conflict resolution: theory and practice*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000; F. HEIDER, *The psychology of interpersonal relations*, John Wiley & Sons Inc, Hoboken, NJ, US, 1958.

22 M. P. FOLLETT, “Constructive conflict”, cit.

23 *Ibid.*

24 R. E. WALTON, *A behavioral theory of labor negotiations: an analysis of a social interaction system*, 2ª ed, ILR Press, Ithaca, New York, 1993.

en principios²⁵, se derivan de las obras de Follett en los primeros años del siglo pasado²⁶.

Deutsch ha identificado dos orientaciones de las partes en conflicto: competición y cooperación²⁷. Más recientemente, Thomas propone cinco estrategias generales que la gente adopta frente a un conflicto (mostradas en la figura VIII): competición (asertiva y no cooperativa); acomodación (no asertiva y cooperativa); cooperación/compromiso (intermedia tanto en la asertividad como en la cooperación); colaboración (asertiva y cooperativa); evitación (no asertiva y no cooperativa)²⁸.

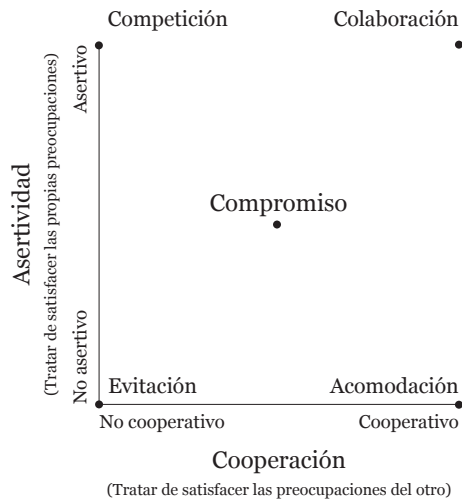


Figura VIII: Taxonomía bidimensional de los modos de manejo de conflictos²⁹

Además, según Mayer, existen varias variables en determinar los estilos que la gente utiliza en conflicto, los cuales pertenecen a tres categorías: cogni-

²⁵ R. FISHER; W. URY; B. PATTON, *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, cit.

²⁶ C. J. MENKEL-MEADOW, "Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution", cit. p. 16.

²⁷ M. DEUTSCH, "Cooperation and competition", en M. DEUTSCH, P. T. COLEMAN (eds.) *The handbook of conflict resolution: theory and practice*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000.

²⁸ K. W. THOMAS; R. H. KILMANN, *Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*, Xicom, Inc., Tuxedo, New York, 1974.

²⁹ La figura es de: K. W. THOMAS, "Conflict and conflict management: reflections and update", *Journal of Organizational Behavior*, vol. 13, 1992. p. 266, adaptada de: K. W. THOMAS; R. H. KILMANN, *Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*, cit.

tivos, emocionales y conductuales, que son coherentes con las tres dimensiones del conflicto. Las variables cognitivas incluyen: analítico/intuitivo, lineal/holístico, integrativo/distributivo, basado en resultado/basado en proceso. Las variables emocionales son: entusiasta/reacio, asunción de riesgos/aversión a riesgos, emocional/racional, volátil/estable. Por último, las variables conductuales son: directo/indirecto, relacional/substantivo, sumiso/dominante, amenazador/conciliador³⁰.

Aquí querría indicar que cierto grupo, organización, comunidad, sociedad y cultura puede contar con un estilo prevalente sobre otros. Según Percas Four-Pome, “muchos de los actos por comisión u omisión que motivan conflictos interpersonales, no son en sí mismos cuestionables, sino que se revisitan de falta o inconveniencia, de acuerdo con los códigos de las personas que los catalogan. Según las atribuciones que le demos, la misma acción puede ser punible o no, encomiable o no serlo. O incluso resultar indiferente”³¹.

Y Fajardo opina que “la revisión de usos y costumbres en culturas diversas y en diferentes épocas de una misma sociedad (inclusive en diferentes clases y grupos de una misma sociedad) nos muestra que un mismo acto tiene una lectura e interpretación diferente en relación con los ojos del observador. Los seres humanos dotamos de sentido a nuestro entorno y un mismo acto se reviste de significados diferentes detrás de esas líneas mentales llamadas fronteras. Por ello, cada sociedad cuenta con modelos diferentes para la solución de conflictos”³².

Por ejemplo, frente a un conflicto, una persona de China puede ser, probablemente, intuitiva, holística, reacia, indirecta, relacional, sumisa y conciliadora. No obstante, esto no significa que todos los chinos seamos así, siempre se encuentran divergencias en cada individuo. Por eso, en la práctica, es muy peligroso tener una pre-percepción, una metodología recomendable admite una examinación detallada en cada caso particular.

2. Los métodos adecuados de resolución de conflictos

Volvemos otra vez al caso de la naranja ofrecido al inicio de este capítulo-

30 Vid. más en: B. MAYER, *The Dynamics of Conflict*, cit. pp. 55-60.

31 M. P. PERCAZ FOUR-POME, “El poder de la disculpa sincera”, *Revista de mediación*, 1, 2008, p. 33.

32 P. FAJARDO, *Cooperar como estrategia: mediación de conflictos empresariales*, cit. p. 67.

lo. ¿Cuál es la manera más probable de resolución bajo tales circunstancias? (una pista: recuerde que se sitúa en los pueblos primitivos). La respuesta no es tan difícil si conoce bien los animales: lo resuelven por la fuerza (la violencia), es decir, probablemente se produzca una pelea y el más poderoso se lleva la naranja.

De hecho, en las agrupaciones primitivas, la mayoría de los conflictos se resuelven por la violencia. Pinker en su libro³³ sobre la evolución de la violencia de la humanidad, más en concretamente, el Capítulo I, refleja qué gran cantidad de la violencia existía y su alto grado de crueldad.

No obstante, suponiendo que ya haya nacido el idioma (sea oral o por escrito), siempre existirá la posibilidad de que las partes en conflicto resuelvan sus diferencias por la negociación, persuasión, o intervención de terceros, a pesar de que la fuerza prevalecía en los métodos de resolución de conflictos de aquel entonces.

De hecho, los ADRs tienen una larga historia en las culturas occidentales, igual que en la cultura china. Por ejemplo, el primer juicio en la literatura griega recogido en el *Himno Homérico a Hermes*³⁴.

2.1. Origen de los ADRs

Como pone de manifiesto Soletto Muñoz, “podríamos señalar que la resolución a través del acuerdo de las partes, o incluso el arbitraje, se remonta a una

33 S. PINKER, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, Reprint edition, Penguin Books, 2012.

34 El infante Hermes, en la noche de su nacimiento, le roba a Apolo de las vacas, después sube de nuevo en su cuna y se pone sus pañales. Cuando Apolo finalmente le persigue, él niega con indignación el hecho y hace juramentos poderosos de inocencia: “haré el gran juramento en la cabeza de mi padre. Juro que yo mismo no soy el culpable y que no he visto a nadie más robando tus vacas – sean lo que sean estas vacas...” Apolo lleva a Hermes ante Zeus para un juicio. Zeus está más divertido que irritado por el robo prodigioso de Hermes y manda a los dos dioses a llegar a un acuerdo y buscar las vacas. Hermes indica a Apolo donde ha ocultado las vacas y le aplaca con el regalo de una espléndida lira de concha, junto con el secreto de tocarla. Apolo, encantado, recíproca concediéndole riqueza y prosperidad a Hermes. Desde entonces los dos dioses se convierten en aliados eternos. En este caso, Zeus está más preocupado por la armonía y la amistad entre los olympiacos que en una sanción por el delito de Hermes o por su violación de un juramento sagrado. La disputa entre Apolo y Hermes ha sido resuelta por una solución amistosa, no por un juicio. En: D. LUBAN, “Some Greek Trials: Order and Justice in Homer, Hediod, Aeschylus and Plato”, *Tennessee Law Review*, vol. 54, 1987.

época anterior a la del proceso, sin embargo, si nos centramos en el Estado de Derecho moderno, habremos de acudir a las corrientes de pensamiento jurídico originadas en los años 70 en Estados Unidos, si bien en el tiempo ya existen prácticas de mediación en los tribunales en Canadá, Estados Unidos, Japón y países del norte de Europa³⁵³⁶.

Fajardo también indica que los mecanismos alternativos de solución de conflictos, singularmente la mediación, entrocán históricamente con las distintas culturas jurídicas. Sin embargo, en su configuración actual, responden principalmente a un modelo anglosajón³⁷.

Incluso que, como pone de manifiesto Barona Vilar, en la actualidad es impensable analizar el sistema legal americano sin tener en consideraciones los ADRs y puede afirmarse que la desaparición de los mismos supondría el caos más absoluto de la Justicia americana³⁸.

2.1.1. Crisis de Justicia

Durante los años 70 del siglo pasado, los ADRs comenzaron a desarrollarse extraordinariamente en Estados Unidos. Twining ha señalado básicamente tres tipos de causas: los tribunales estaban intolerablemente sobrecargados por un número aumentado de demandas civiles y procesamientos penales; el sentimiento de necesidad de los medios privados especializados para servir intereses particulares; y el sistema tradicional era incapaz de asegurar el acceso a la Justicia para todos³⁹.

Revilla González también indica que “entre las razones del desarrollo de estas alternativas de resolución de conflictos, es que constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la Justicia. Dificultades que se advierten por la sobrecargada de litigios ante los tribunales, el alargamiento de los procedi-

35 Vid. en: B. G. GARTH; M. CAPPELLETTI, “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, *Buffalo Law Review*, vol. 27, 2, 1978.

36 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

37 P. FAJARDO, “Cooperar como estrategia: la filosofía de la cultura de paz”, en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

38 S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional de conflicto: «Alternative dispute resolution» (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. p. 93.

39 W. TWINING, “Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics”, *Modern Law Review*, vol. 56, 1993. p. 380.

mientos y los gastos a ellos inherentes. Esa cantidad, complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos dificultan claramente el acceso a la Justicia”⁴⁰.

Además, Soleto Muñoz señala dos causas generales determinantes de la búsqueda de nuevos métodos de gestión y resolución de conflictos en la época de los años 70 en Estados Unidos que son corrientes de empoderamiento social por un lado; e ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia por otro⁴¹.

Todos ellos han mencionado invariablemente la crisis del sistema tradicional de la Administración de Justicia, basado principalmente en los procesos judiciales.

Como pone de manifiesto Carretero Morales, los principales problemas que sufre la Justicia hoy hacen referencia fundamentalmente a la mala gestión de los recursos existentes y a la escasa eficiencia entre la oferta y la demanda, y los mismos son percibidos, no sólo por la sociedad, por los ciudadanos en general, sino también por todos los operadores jurídicos que participan diariamente en la administración de la misma⁴².

Además, Carretero Morales ha enumerado estos principales problemas⁴³

40 J. A. REVILLA GONZÁLEZ, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre consumo*, 79, 2006. p. 61.

41 H. SOLETO MUÑOZ, *Documento conceptual: Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina en Justicia Comunitaria*, vol. 1, EUROsociAL-COMJIB, 2013.

42 E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, cit. p. 51.

43 Dichos problemas son de muy diversa índole:

- Lentitud de los procesos;
- Dilación en la resolución de los mismos;
- Saturación de los tribunales por el mayor número de asuntos que tienen que atender;
- Trato inadecuado a los ciudadanos participantes en un proceso;
- Insuficiencia de medios materiales y humanos;
- Escasa calidad y resultados injustos en las relaciones judiciales;
- Inseguridad jurídica provocada por la imprevisibilidad del resultado del proceso, así como por su duración;
- Elevado coste económico de los procesos;
- Deficiente gestión de los recursos existentes;
- Falta de coordinación entre los distintos integrantes de la oficina judicial;
- Falta de responsabilidad de los causantes de la mala gestión de la Administración de Justicia;

e indicado que frente a estos problemas que han provocado la llamada crisis de la Justicia, la solución adoptada por casi todos los Estados ha sido la de incrementar el número de normas y disposiciones legales, y dotar de más y más medios materiales y humanos a la Administración de Justicia. No obstante, ninguna de estas soluciones ha conseguido el efecto deseado, incluso han empeorado aún más la situación, provocando la inflación legislativa y la mala gestión de los recursos⁴⁴.

A mi parecer, si la crisis de Justicia fuera una inundación, los mayores países habrían construido presas más y más altas para hacer frente, en comparación, Estados Unidos habría tomado una medida distinta abriendo más canales para conducir el agua a otros lugares.

Como pone de manifiesto Soleto Muñoz, “la crisis del modelo o del mito de la Justicia (como modelo, por saturación de los tribunales, por insatisfacción de los usuarios...) apunta a la necesidad de acudir a formas alternativas de resolución de las disputas. Otros países como Estados Unidos, ante una situación análoga en los años setenta, recurrieron a otras vías de resolución de conflictos”⁴⁵.

2.1.2. Conferencia Pound

El año 1976 marcó la definitiva eclosión de los ADRs con la celebración de la Conferencia Nacional sobre las Causas de Insatisfacción Popular con la Justicia (en inglés, *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*), patrocinada por *Judicial Conference of the United States*, *Conference of Chief Justices* y *American Bar Association*, en que participaron por primera vez más de 200 líderes del

- Falta de identificación de los ciudadanos con su propio sistema de la Administración de Justicia;

- Insatisfacción de Jueces y Magistrados que, en muchas ocasiones, sienten que llegan a sus manos asuntos que nunca debieran haberlo hecho;

- Dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales.

Vid. más sobre cada uno en: *Ibid.* pp. 51-56.

44 *Ibid.*; E. CARRETERO MORALES, “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación.”, en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

45 H. SOLETO MUÑOZ, “La mediación vinculada a los tribunales”, en H. SOLETO MUÑOZ, M. OTERO PARGA (Coords.) *Mediación y resolución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007. p. 263.

campo jurídico: magistrados principales de tribunales estatales superiores, líderes de tribunales federales, líderes de la asociación organizada, juristas y miembros pensativos de otras disciplinas, composición única que Burger, el entonces presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, considera como una significación de la Conferencia⁴⁶.

La Conferencia Pound se llama así en honor al profesor Pound, quien con el mismo título presentó un famoso discurso⁴⁷ en la reunión anual de *American Bar Association* (ABA) en 1906, en la misma cámara de la Conferencia Pound. En esa ocasión, Pound dio el primer análisis realmente exhaustivo y crítico de la Justicia estadounidense y de los problemas que se habían acumulado en los primeros 130 años desde la independencia de EE.UU. Herbert Harley caracterizó el discurso de Pound como “un mapa al territorio, con los caminos claramente demostrados”, de modo que después los “vehículos” necesarios podrían ser creados para llegar desde donde estaban a donde querían ir.⁴⁸

Después de 70 años, situado en el año 1976, Burger opina que mucho se había hecho, pero realmente no se había enfrentado a si hubiera otros mecanismos y procedimientos para satisfacer las necesidades de la sociedad y de los individuos, indicando que el mundo había experimentado más cambios en estos 70 años que en los 700 años anteriores, sin embargo, fundamentalmente, los métodos de resolución de disputas seguían siendo esencialmente lo que eran en ese día. Por lo tanto, Burger propone que ya llegó el momento de reexaminar si el sistema judicial sería adecuado para hacer frente a lo que vendría en el año 2000, dada la expansión dinámica de los litigios en los últimos diez años, el crecimiento del país y la complejidad creciente de ambos, realizando una llamada “anticipación sistemática”.⁴⁹

Según Burger, el objetivo no es reducir el acceso a los tribunales, sino buscar el medio más satisfactorio, más rápido y menos costoso para satisfacer las necesidades legítimas de los ciudadanos en la resolución de disputas. Por lo tanto, deben abrir la mente a la consideración de medios y foros que no han sido probados nunca antes⁵⁰.

46 W. E. BURGER, “Agenda for 2000 A.D. - Need for Systematic Anticipation”, *Judges' Journal*, vol. 15, 2-3, 1976. p. 27.

47 R. POUND, “The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice”, *South Texas law review*, vol. 48, nº 4, 2007. pp. 853-870.

48 Vid. en: W. E. BURGER, “Agenda for 2000 A.D. - Need for Systematic Anticipation”, cit. pp. 27 y 28.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.* p. 32.

Como bien apunta Soletto Muñoz, “en esta conferencia fue abordada por varios expertos la posibilidad de complementar el sistema de Justicia con otros mecanismos, además de buscar medidas para hacer más rápida y barata la Justicia. Concretamente, el profesor Sander, en su conferencia *Varieties of Dispute Processing*, describe el modelo de Justicia que se ha convertido en el paradigma del siglo XXI en los países avanzados, el tribunal multipuertas (*multidoor courthouse*)”⁵¹.

Al comenzar, Sander hace referencia a la “explosión legal” (*legal explosion*) proyectada por el profesor Barton, y la atribuye principalmente a dos motivos:⁵²

- La disminución de los mecanismos tradicionales de solución de controversias. “Se espera que los tribunales llenen el vacío creado por el declive de la iglesia y la familia”;

- La complejidad de la sociedad moderna. “Muchas nuevas fuentes potenciales de controversia han surgido como resultado del crecimiento inmenso del gobierno a todos los niveles y las crecientes expectativas que se han creado”.

Entonces, Sander propone dos maneras para escapar de esta pesadilla:⁵³

- Primero, intentar evitar que surjan disputas en primer lugar mediante cambios apropiados en el Derecho Sustantivo (p.ej. adoptar un principio no culpable para lesiones de automóviles, eliminar una sanción penal de un determinado comportamiento, o elegir una normativa de menos discrecionalidad que traerá mucho menos litigios) o mediante un mayor énfasis en el Derecho Preventivo.

- Segundo, explorar maneras alternativas de resolución de disputas fuera de los tribunales, tema que Sander ha dedicado su atención primaria.

Sander opina que en general, los abogados y profesores de Derecho han sido demasiado obstinados cuando se trata del tema de la resolución de disputas. De hecho, existen una rica variedad de procesos, que por separado o en combinación podrán proporcionar una resolución de conflictos mucho más efectiva⁵⁴.

51 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

52 F. E. A. SANDER, “Varieties of dispute processing”, en A. LEO LEVIN, R. R. WHEELER (eds.) *The Pound conference: perspectives on justice in the future*, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1979.

53 *Ibid.* p. 66.

54 Sander sugiere los siguientes criterios para determinar la eficacia de un mecanismo de resolución de disputas: costo, rapidez, exactitud, credibilidad (para el público y las partes), y factibilidad. En algunos casos, la predictibilidad también puede ser importante.

Para ello, es importante responder a dos cuestiones:⁵⁵

- *¿Cuáles son las características significativas de varios mecanismos alternativos de resolución de disputas (tales como la adjudicación del tribunal, arbitraje, mediación, negociación o diversas mezclas de estos y otros instrumentos)?*

- *¿Cómo se pueden utilizar estas características para que, dada la variedad de disputas que se presentan actualmente, podamos empezar a desarrollar algunos criterios racionales para asignar diversos tipos de disputas a diferentes procesos de resolución de disputas?*

Como bien apunta Sander, “una consecuencia de responder a estas preguntas es que tendremos una mejor idea de qué casos deben quedarse en los tribunales para su resolución y cuáles deben ser procesados de alguna otra manera. No obstante, puesto que esta investigación se dirige esencialmente al desarrollo del método más eficaz de tratar las disputas, hay que señalar que un subproducto puede ser, además de desviar algunos asuntos ahora manejados por los tribunales a otros procedimientos, poner a disposición esos procesos para las quejas que actualmente no se ventilan en absoluto ... El precio de un sistema mejorado de tramitación de controversias bien puede suponer un gran aumento en el número de disputas procesadas”⁵⁶.

Sander también ofrece varios criterios que podrían ayudarnos a determinar cómo los tipos particulares de disputas podrían ser resueltos de mejor manera:⁵⁷

- La naturaleza de la disputa. Los problemas policéntricos no son muy adecuados para un enfoque de adjudicación, ya que no son susceptibles de una solución todo-o-nada. Además, Sander se refiere a las tareas de tribunales altamente repetitivas y rutinarias que implican la aplicación de principios establecidos a un gran número de casos individuales, y otras tareas complejas y poco ortodoxas que los tribunales han sido llamados a emprender;

- Relación entre los disputantes. Sander señala que “la situación es diferente cuando las disputas surgen entre los individuos que se encuentren en una relación a largo plazo que en el caso de una controversia aislada. En el

⁵⁵ *Ibid.* p. 67.

⁵⁶ *Ibid.* p. 67-68.

⁵⁷ *Ibid.* p. 72-79; Vid. más sobre cómo seleccionar un proceso más adecuado de resolución de disputas en: F. E. A. SANDER; L. ROZDEICZER, “Selecting an appropriate dispute resolution procedure: detailed analysis and simplified solution”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.

primer caso, hay más potenciales de tener a las partes, al menos inicialmente, buscar su propia solución, dado que tal solución probablemente sea mucho más aceptable (y por tanto, duradera). Así que la negociación o, si es necesario, la mediación parece ser un enfoque preferible en primera instancia. Otra ventaja de este enfoque reside en facilitar una exploración de conflictos en la relación subyacente, en lugar de simplemente tratar con cada síntoma superficial como un evento aislado”.

- Cuantía en disputa. Como bien apunta Sander, la cuantía en disputa ha sido un elemento constantemente buscado al determinar la cantidad de procesos que se deben. Sin embargo, un caso pequeño puede ser complejo, así como un caso grande puede ser simple.

Lo que necesita es una etapa preliminar investigativa-conciliativa (que bien podría ser administrada por un individuo no profesional o un paraprofesional) con el recurso último a la corte. Este individuo podría descartar fácilmente aquellos casos que no necesiten ocupar el tiempo de un tribunal, y preservar el proceso de adjudicación para aquéllos en los que las cuestiones hayan sido debidamente unidas y haya una controversia auténtica de hecho o de Derecho.

- Costo. Sander indica la escasez de datos fiables que comparan los costos de diferentes procesos de resolución de disputas y considera que probablemente uno pueda proceder con seguridad en la hipótesis de que los costos aumentan a medida que aumentan las formalidades procesales.

- Rapidez. Según Sander, la deficiencia de datos sofisticados sobre los costos de diferentes procesos de resolución de disputas también se extiende al factor de rapidez, pero generalmente se asume que el arbitraje es más rápido que la litigación.

Lo que Sander propone es “un sistema flexible y diverso de procesos de resolución de disputas, con tipos particulares de casos asignados a diferentes procedimientos (o combinaciones de procedimientos), de acuerdo con algunos de los criterios antes mencionados”. Concretamente, “uno podría imaginar para el año 2000, en lugar de simplemente un tribunal, un Centro de Resolución de Disputas, donde el agraviado sería canalizado primero a través de un personal de cribado que luego lo dirigiría al proceso (o secuencia de procesos) más adecuado para su tipo de caso. El directorio de salas en el vestíbulo de un centro de este tipo podría ser como sigue”⁵⁸:

58 F. E. A. SANDER, “Varieties of dispute processing”, cit. p. 83-84.

Personal de Cribado	Sala 1
Mediación	Sala 2
Arbitraje	Sala 3
Investigación de Hechos	Sala 4
Panel de Detección de Malas Prácticas	Sala 5
Tribunal Superior	Sala 6
Ombudsman	Sala 7

Como pone de manifiesto Menkel-Meadow, “la visión de Sander atrajo la atención de dos fuerzas sociales diferentes. La primera consistía en un grupo de jueces, encabezado por el entonces presidente del Tribunal Supremo, Warren Burger⁵⁹, quienes creían que había demasiados casos en los tribunales y buscaban procesos e instituciones diversificadas para reducir los expedientes judiciales y lograr una mayor eficiencia judicial. Para los miembros de este grupo, los aspectos ‘cuantitativos’ o ‘de eficiencia’ del procesamiento de disputas fueron los más significativos.

El segundo grupo atraído por los comentarios de Sander fue un movimiento social más amorfo, inspirado por los movimientos de empoderamiento político en los años sesenta del siglo pasado. Los miembros de esta comunidad buscaron mayor control y participación de las partes en la resolución de disputas, menos profesionalización de los procesos de resolución de disputas, y soluciones más adaptadas tanto a los problemas individuales como a los problemas y quejas del grupo”⁶⁰.

Como bien señala Soletto Muñoz, el concepto de tribunal multipuertas de Sander “a partir de la Conferencia Pound de 1976 cobró protagonismo absoluto en la organización de la Justicia en Estados Unidos, Canadá y los países anglosajones, y que en el siglo XXI es asumido internacionalmente como un modelo a desarrollar ... Hoy en día, el sistema multipuertas está consolidado en muchos países de América y Europa ... La influencia de la Unión Europea en los países de la UE provocando la utilización de métodos más adecuados como la mediación favorece la acogida del concepto multipuertas, basado principalmente en eficacia y adecuación del método al conflicto”⁶¹.

59 W. E. BURGER, “Isn’t There a Better Way”, *American Bar Association Journal*, vol. 68, 1982.

60 C. J. MENKEL-MEADOW, “Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution”, cit. p. 19.

61 Vid. más en: H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

Además, Soleto Muñoz indica que en los sistemas más conservadores, “aunque no se organice formalmente un sistema multipuertas, la existencia de al menos un servicio de mediación estructurado y vinculado a los tribunales puede entenderse como un sistema bipuertas”; y “fuera de la organización por parte de los organismos públicos de un sistema multipuertas, la propia selección del método de resolución de conflictos por parte de los primeros operadores que tienen contacto con las partes en conflicto, los abogados, se aproxima a la conceptualización de Sander. Así, los abogados, al recibir a las partes, deben asesorar y decidir, o ayudar a decidir, qué método de resolución de conflictos es el adecuado para el cliente en el conflicto concreto”⁶².

2.2. Relación con el sistema de Justicia

Como bien señala Soleto Muñoz, “los métodos adecuados de resolución de conflictos pueden tener una relación muy variada con el sistema de justicia oficial, desde una relación de complementación a una de ajenidad, pasando por ser una alternativa⁶³”.

Además, es muy ilustrativa la clasificación realizada por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo⁶⁴ describiendo los vínculos entre sistemas de justicia informal y sistemas de justicia formal, indicando que en la mayoría de contextos operativos, existen entre los proveedores primarios de Justicia ciertos vínculos funcionales⁶⁵, referidos a tipos de colaboración en la gestión de casos tales como procedimientos de apelación, derivaciones, división del trabajo, asesoramiento, asistencia, etc. Dentro de los vínculos funcionales, aún es importante distinguir los vínculos oficiales de los no oficiales, que a menudo coexisten.

Los vínculos funcionales oficiales son “los que están escritos en la ley del Estado; existen donde hay algún reconocimiento estatal de los proveedores de justicia informal (incluyendo los no estatales)”. En general, se encuentran

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), *Informal justice systems: charting a course for human rights-based engagement*, 2012.

⁶⁵ Aparte de vínculos funcionales, existen vínculos basados en normas y reglas, referidos a superposiciones, intermezclas o “préstamos” de normas, reglas y procedimientos entre diferentes proveedores de Justicia primarios. Tales vínculos suelen derivarse de largas historias de interacción y coexistencia, señalando la variabilidad y la adaptabilidad de diferentes proveedores de Justicia primarios y su interdependencia.

tres niveles de tal reconocimiento del Estado: coexistencia independiente, integración limitada e incorporación sustancial.

- Coexistencia. El Estado reconoce a los proveedores no estatales y estipula reglas básicas sobre cómo deben constituirse y límites de su jurisdicción. La legislación describe los tipos de casos que se les permiten tratar, a saber, sólo los casos civiles y familiares, sin implicar procedimientos de apelación legalmente establecidos, derivaciones cruzadas ni intercambio formal de información entre los tribunales estatales y los proveedores no estatales. Por lo tanto, la ley estatal entiende que la gestión de casos por los proveedores no estatales sucede separadamente del sistema de justicia formal;

- Integración limitada. Se refiere a “situaciones en las que una serie de procedimientos legales vinculan el funcionamiento de los sistemas informales de Justicia reconocidos por el Estado con los tribunales estatales formales y la policía, pero ellos no forman parte de la jerarquía oficial de los tribunales”. En estas situaciones, los tipos de casos que gestionan los sistemas de justicia informal y los tribunales estatales pueden superponerse, pero normalmente hay limitaciones en los mandatos de los sistemas de justicia informal (por ejemplo, no se les permite tratar casos penales graves) y en la cantidad de compensación o daños que pueden otorgar en un juicio civil.

- Integración sustancial (o incorporación). Se refiere a “situaciones en las que los sistemas de justicia informal consisten en un componente integrado del sistema judicial formal”. Generalmente, se les otorga funciones o mandatos que se aplican a disputas civiles, conflictos a pequeña escala o delitos menores, basándose en la idea de que pueden ayudar a poner fin a los conflictos que de otro modo se harían graves y requerirían la intervención de la policía y de los tribunales superiores. Por lo tanto, la integración sustancial puede ser también una forma de reducir la carga de las instituciones estatales formales.

Como ponen de manifiesto los autores, las categorías anteriores no son exhaustivas y puede ser difícil determinar la categoría más apropiada en algunos casos. No obstante, cabe señalar que no todos los sistemas de justicia informal dentro de un país determinado pueden estar sujetos al mismo tipo del reconocimiento estatal. También hay casos en los que el reconocimiento estatal alcanza más allá de las categorías discutidas aquí.

Los vínculos funcionales no oficiales pueden ser establecidos entre los proveedores estatales y no estatales, a pesar de la falta de legislación que los define. En este caso, “los funcionarios judiciales de los tribunales formales y los adjudicadores de los sistemas de justicia informal pueden colaborar entre

sí de diversas maneras. Por lo general, esto ocurre individualmente basándose en el juicio y el interés de los individuos particulares dentro del sistema estatal formal y su relación con los proveedores informales de Justicia”.

2.3. Los métodos adecuados de resolución de conflictos

Como bien señala Moreno Catena, la gran importancia del proceso no debe hacernos olvidar el hecho de que es sólo uno de los medios posibles para la resolución de controversias y es acompañado por otros mecanismos de solución de disputas⁶⁶. En esta parte, me dedico a examinar los métodos adecuados de resolución de conflictos primero desde la perspectiva del procesalismo continental hispano-italiano y luego desde la perspectiva anglosajona de Ury, Brett y Goldberg. Y por último, voy a explicar concretamente algunos métodos, entre los cuales se encuentra la mediación.

2.3.1. Autotutela, autocomposición y heterocomposición

Como pone de manifiesto Moreno Catena, según qué función se tratan de cumplir predominantemente, se clasifica las vías de composición de los conflictos en: autotutela (función de satisfacción), autocomposición (función de pacificación) y heterocomposición (ambas funciones)⁶⁷.

La autotutela (en otros términos, autoayuda o autodefensa⁶⁸) se refiere al medio mediante el cual “una de las partes impone a la otra, por su fuerza propia, la solución del litigio”⁶⁹.

Según Gimeno Sendra, la autotutela es sin lugar a dudas la forma más primitiva de composición de conflictos, teniendo caracteres que son “la inexistencia de un tercero o juez distinto a las propias partes y la imposición coac-

66 V. MORENO CATENA, “La resolución jurídica de conflictos”, en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013. p. 44.

67 *Ibid.*

68 Como bien señala Gimeno Sendra, no existe unanimidad conceptual en la denominación por parte de la doctrina de este medio de solución de los conflictos: Schmidt utiliza el de *selbsthilfe* o autoayuda; Alcalá-Zamora emplea el de “autodefensa”, aunque esté convencido de que el término “autotutela” resulta más expresivo; Aragoneses y Montero utilizan el vocablo “autotutela”. Vid. en: J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del derecho procesal*, primera edición, Civitas, Madrid, 1981. p.22.

69 *Ibid.*

tiva de la decisión por una de ellas a la otra, resultando indiferente el que la solución se adopte a través de un procedimiento preestablecido”⁷⁰.

Y como bien apunta Moreno Catena, el recurso a la violencia en las relaciones sociales no califica un método como de autotutela, sino tan sólo cuando los conflictos son solucionados definitivamente mediante este recurso a la violencia⁷¹.

Como pone de manifiesto Moreno Catena, “son evidentes los peligros que entraña la admisión de la autotutela como medio de solución de los conflictos”; y el uso de la fuerza tampoco es una manera eficaz “porque da lugar al coste social de la autotutela, y porque no es en realidad un mecanismo de *solución* sino de *dilación* puesto que el fin de la controversia, alcanzando mediante la violencia privada, no es permanente sino transitorio en la medida en que se hace depender de un factor variable como la fuerza, que introduce elementos disgregadores en el grupo social y estimula su reapertura”⁷².

Por lo tanto, la jurisdicción nace históricamente para prohibir precisamente la autotutela, sustituyendo la violencia privada por “el monopolio público de la fuerza, ejercida por una autoridad, distinta de las partes y conforme a normas jurídicas preestablecidas”, que ha sido un proceso largo y trabajoso de evolución y de civilización⁷³.

Como pone de manifiesto Calamandrei, “la prohibición de autodefensa, tal como existe en los ordenamientos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución. En una asociación primitiva, en la que no existía por encima de los individuos, más autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: o en el acuerdo voluntario entre dos interesados en el contrato, dirigido a establecer amistosamente cuál de los intereses opuestos debería prevalecer, o cuando no se llegase a un acuerdo, en el choque violento entre los interesados —autodefensa—”⁷⁴.

La autocomposición, por medio de la cual, “bien ambas partes mediante acuerdo mutuo, bien una de ellas por sacrificio o resignación, deciden poner fin al litigio planteado”, que según Gimeno Sendra aparece una fórmula más civilizada dentro de esta evolución de los medios de solución de conflictos⁷⁵.

70 *Ibid.*

71 V. MORENO CATENA, “La resolución jurídica de conflictos”, cit. p. 45.

72 *Ibid.* pp. 43 y 45.

73 *Ibid.*

74 P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1962.

75 J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del derecho procesal*, cit. p. 23.

Como bien señala Gimeno Sendra, en la autocomposición, son los propios interesados quienes solucionan el conflicto, aspecto que se asemeja con la autotutela, aunque en ella puede eventualmente aparecer un tercero cuya función se limita a aproximar a las partes y, a lo sumo, proponer una solución (tercero *inter partes* y no *supra partes*)⁷⁶. Según Moreno Catena, “esta posición impide que el tercero pueda imponer coactivamente solución alguna, aspecto que distingue claramente las fórmulas autocompositivas con intervención de tercero de la heterocomposición”⁷⁷.

Basándose en el número de voluntades que intervienen en la finalización del litigio, se pueden clasificar los métodos autocompositivos en: unilaterales y bilaterales; son unilaterales el allanamiento y la renuncia, mientras que son bilaterales el desistimiento, la transacción, la mediación y la conciliación⁷⁸.

Además, como bien apunta Moreno Catena, “la solución del conflicto mediante la autocomposición no es definitiva (como también ocurre con la autotutela) ... Sólo cuando las fórmulas autocompositivas son homologadas judicialmente el conflicto queda solventado de forma definitiva, pudiéndose ejecutar coactivamente, o lo que es lo mismo, gozando de los efectos que el ordenamiento otorga a las soluciones heterocompositivas”⁷⁹.

La heterocomposición se refiere a los medios en que un tercero (no *inter partes* sino *supra partes*) “individual o colegiado a quien las partes previamente han acudido se compromete o está obligado por razón de su oficio a emitir una solución, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes”; y entre los métodos heterocompositivos se encuentran la jurisdicción y el arbitraje⁸⁰.

Según Gimeno Sendra, es indudablemente el más perfecto de todos los medios para la solución de conflictos, dado que los medios de autotutela y autocomposición, en que son las propias partes quienes solucionan el conflicto, “posibilitan el que alguna de ellas, debido a su hegemonía en el litigio, procedente de la desigualdad económica o a través de sus malas artes, puede imponer su solución a la otra y lo que, a simple vista aparezca como una actitud altruista del resignado, no esconda otra cosa sino una obligada rendición”; y,

76 *Ibid.* pp. 23 y 24.

77 V. MORENO CATENA, “La resolución jurídica de conflictos”, cit. pp. 46-47.

78 *Ibid.* p. 47.; J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del derecho procesal*, cit. pp. 23-24.

79 V. MORENO CATENA, “La resolución jurídica de conflictos”, cit. p. 47.

80 J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del derecho procesal*, cit. p. 24.

por el contrario, en las formas heterocompositivas el conflicto es solucionado por un tercero imparcial⁸¹.

Sin embargo, como bien apunta Soleto Muñoz, “sólo son perfectos en la teoría: al ser mecanismos muy utilizados, entre otras circunstancias, cuestiones como la tardanza, el coste, la difícil ejecución en el ámbito procesal, y el coste y la dificultad en la ejecución del arbitraje lastran la adecuación de estos mecanismos, abriéndose la puerta a otros modelos”⁸².

2.3.2. Resolución basada en Poder, Derecho e Intereses

De acuerdo con lo señalado por Soleto Muñoz, quizá la distinción basada, no ya en el sujeto deciso, sino en la materia que sustenta la resolución del conflicto, sea más conveniente en la sociedad moderna⁸³.

Ury, Brett y Goldberg⁸⁴ proponen tres enfoques de resolución de disputas: reconciliar los intereses de las partes; determinar quién tiene razón; y determinar quién es más poderoso. Así que indican tres elementos básicos de cualquier controversia que son Poder, Derecho e Intereses; y que al resolver una disputa, las partes pueden optar por centrarse en uno o más de ellos.

Como bien señalan Ury, Brett y Goldberg, “los intereses son necesidades, deseos, preocupaciones, miedos (cosas que uno se preocupa o quiere), que subyacen a las posiciones de la gente (elementos tangibles que declaran que quieren)”⁸⁵; y los procedimientos⁸⁵ más comunes para conciliar intereses son la negociación (generalmente llamada negociación basada en intereses o negociación de resolución de problemas⁸⁶) y la mediación.

Según Ury, Brett y Goldberg, el derecho se refiere a “alguna normativa independiente que se percibe legítima o justa para determinar quién tiene razón”, incluyendo así tanto las normas legales como las normas justas generalmente aceptadas (tales como reciprocidad, precedente, igualdad o anti-güedad), definición que va más allá de su significado comúnmente entendido.

81 *Ibid.*

82 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

83 H. SOLETO MUÑOZ, *El abogado colaborativo*, cit.

84 W. URY; J. M. BRETT; S. B. GOLDBERG, *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, Jossey-Bass, San Francisco, 1988. pp. 1-19.

85 Según Ury, Brett y Goldberg, “un procedimiento es un patrón de comportamiento interactivo dirigido a resolver una disputa”.

86 R. FISHER; W. URY; B. PATTON, *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, cit.

Además, indican que “los derechos raramente son claros; a menudo hay normas diferentes y, a veces, contradictorias que se aplican”; y el procedimiento prototípico basado en derecho es la adjudicación, incluyendo la adjudicación pública, proporcionada por tribunales y agencias administrativas, y la adjudicación privada, ofrecida por los árbitros.

Ury, Brett y Goldberg definen el poder, en sentido estrecho, como “la capacidad de obligar a alguien a hacer algo que de otra manera no haría”; y “ejercer el poder típicamente significa imponer costes en el otro lado o amenazar con hacerlo”, que se realiza generalmente en dos formas: actos agresivos y actos de retención de beneficios que se derivan de la relación.

Como ponen de manifiesto Ury, Brett y Goldberg, en una relación, el poder está determinado por la dependencia⁸⁷ y la alternativa de las partes⁸⁸: mejor alternativa, menor dependencia; menor dependencia, más poder.

Ury, Brett y Goldberg proponen dos tipos del procedimiento basado en poder que son negociación basada en poder y concurso de poder e indican que “es difícil determinar quién es la parte más poderosa sin tener un concurso de poder decisivo y potencialmente destructivo, dado que el poder es, en última instancia, una cuestión de percepciones”.

En cuanto a la relación entre poder, derecho e intereses, Ury, Brett y Goldberg señalan que “la conciliación de intereses tiene lugar dentro del contexto del derecho y poder de las partes ... Del mismo modo, la determinación del derecho tiene lugar en el contexto del poder ... Por lo tanto, en el proceso de resolución de una disputa, el enfoque puede pasar de intereses al derecho al poder y viceversa”.

Como bien apunta Soleto Muñoz, resolución a través de intereses no supone negación del derecho⁸⁹. En este sentido es trascendente la aportación de Mnookin y Kornhauser, señalando, en concreto, que “los padres que se divorcian no negocian sobre la división de los bienes familiares y las prerrogativas de custodia en un vacío; negocian a la sombra del derecho. Las normas legales que rigen la pensión alimenticia, la manutención de los hijos, la propiedad conyugal y la custodia dan a cada padre ciertas reclamaciones basadas en lo que cada uno obtendría si el caso fuera a juicio. En otras palabras, el resulta-

87 Vid. más en: R. M. EMERSON, “Power-Dependence Relations”, *American Sociological Review*, vol. 27, nº 1, 1962.

88 Vid. el concepto de BATNA en: R. FISHER; W. URY; B. PATTON, *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, cit.

89 H. SOLETO MUÑOZ, *El abogado colaborativo*, cit.

do que el derecho impondrá si no se alcanza un acuerdo da a cada uno de los padres ciertos elementos de negociación - un tipo de dotación”⁹⁰.

Y Korobkin también indica que, “el Derecho afecta significativamente a las actividades privadas de resolución de disputas en dos formas relacionadas pero distintas. En primer lugar, el Derecho Sustantivo pertinente a la controversia de las partes afecta a los resultados de solución extrajudicial porque un litigante con un caso fuerte puede exigir más como condición para aceptar un acuerdo privado que una parte con un caso más débil”; y en segundo lugar, “tanto el Derecho que regula la negociación como los aspectos del Derecho que rigen la litigación configuran los resultados de los acuerdos de transacción al poner límites en las formas que permiten a los litigantes ejercer el poder de negociación frente a sus contrapartes”⁹¹.

Con el objetivo de determinar cuál es el mejor enfoque de resolución de disputas, Ury, Brett y Goldberg proponen cuatro criterios para compararlos: costos de transacción, satisfacción con los resultados, efecto en la relación y recurrencia de disputa⁹², que están interrelacionados por lo que “es conve-

90 Vid. más en: R. H. MNOOKIN; L. KORNHAUSER, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce Dispute Resolution”, *Yale Law Journal*, vol. 88, 5, 1979.

91 Vid. más en: R. KOROBKIN, “The role of law in settlement”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.

92 - Los costos de transacción se refieren a costos de disputar, que involucran tiempo, dinero y energía emocional gastados en la disputa; recursos consumidos y destruidos; y oportunidades perdidas;

- La satisfacción de una parte en disputa depende en gran medida del grado en que la resolución satisface sus intereses, y también puede depender de la justicia percibida tanto del resultado como del proceso de resolución de disputas (justicia sustantiva y procesal);

- El efecto en la relación se refiere al “efecto a largo plazo sobre la relación de las partes”;

- La recurrencia de disputa tiene dos formas: la forma más simple es “cuando una resolución no se adhiere”; y “la forma más sutil sucede cuando se alcanza una resolución en una disputa particular, pero la resolución no impide que surja la misma disputa entre uno de los disputantes y otra persona, o posiblemente entre dos partes diferentes en la misma comunidad”.

Según Ury, Brett y Goldberg, un quinto criterio de evaluación es la justicia procesal, pero los autores no la incluyen como un criterio separado por dos razones: en primer lugar, a diferencia de los otros cuatro criterios, “la justicia procesal sólo tiene sentido al nivel de un procedimiento único para una sola disputa”; “en segundo lugar, a pesar de que la justicia procesal y la justicia distributiva (satisfacción con la justicia de los resultados) son conceptos distintos, suelen estar altamente correlacionados”.

niente referirse a los cuatro juntos como el costo de disputa” (distinto al costo de transacción); y “a veces, un costo sólo puede reducirse aumentando otro, particularmente a corto plazo”.

Analizando los tres enfoques según los cuatro criterios mencionados, Ury, Brett y Goldberg han llegado a la conclusión de que “en general, la conciliación de intereses cuesta menos y produce resultados más satisfactorios que determinar quién tiene razón, lo que a su vez cuesta menos y satisface más que determinar quién es más poderoso”, debido a las características que sólo los enfoques basados en intereses tienen, tales como descubrir problemas ocultos en la relación o producir resultados ganar-ganar mediante *trade-offs*.

Por supuesto, como ponen de manifiesto Ury, Brett y Goldberg, “esta proposición no significa que centrarse en los intereses es invariablemente mejor que centrarse en derecho y poder”: en algunas circunstancias la determinación del derecho o poder es necesaria (por ejemplo, para llevar a una parte recalcitrante a la mesa de negociación; existe incertidumbre sobre el derecho o poder de las partes; los intereses son demasiado opuestos) y en otros casos, los procedimientos basados en derecho o poder son deseables (por ejemplo, cuando se trata de cuestiones de importancia pública).

Por lo tanto, Ury, Brett y Goldberg proponen que en un sistema ideal de resolución de disputas la mayoría de las disputas deben ser resueltas por la conciliación de intereses, mientras que también se proporcionan las formas de bajo costo⁹³ de determinación del derecho o poder como último recurso para las controversias que no pueden o no deben resolverse centrándose sólo en intereses, lo cual se parece a la pirámide de la derecha en la figura IX; y “por el contrario, un sistema de resolución de disputas en dificultades parecería la pirámide invertida de la izquierda”, en que “comparativamente pocos conflictos se resuelven a través de la reconciliación de intereses, mientras que muchos se solucionan a través de determinar derecho y poder”, como los sistemas de Justicia ahora en muchos países. Así que “el reto para los diseñadores del sistema es convertir la pirámide hacia arriba”.

93 Como ponen de manifiesto Ury, Brett y Goldberg, existen tres tipos diferentes de procedimientos basados en derecho y poder: negociación, concursos de bajo costo y concursos de alto costo. Y “la negociación basada en derecho suele ser menos costosa que un concurso de derecho como el proceso o el arbitraje; del mismo modo, la negociación basada en poder, marcada por amenazas, normalmente cuesta menos que un concurso de poder”. Además, “diferentes tipos de concursos incurren en diferentes costos”.

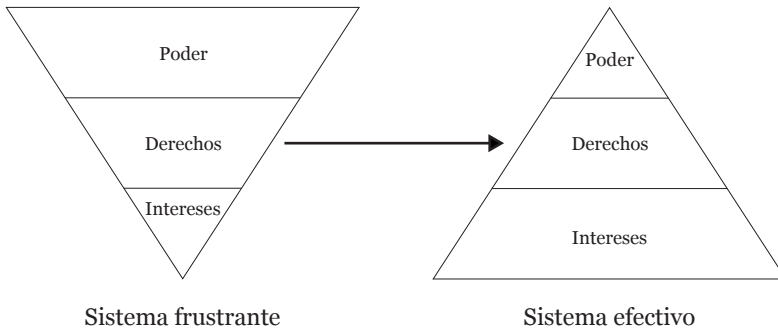


Figura IX: Pasando de un sistema frustrante de resolución de disputas a un sistema efectivo de resolución de disputas⁹⁴

2.3.3. Espectro de métodos adecuados de resolución de conflictos

Las personas en conflicto o disputa disponen de una grandísima variedad de procesos para resolver sus diferencias. La figura X, ofrecida por Moore, ilustra algunas de las opciones:

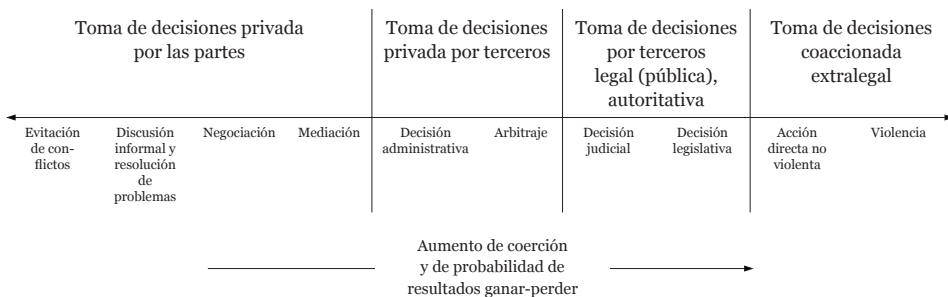


Figura X: Continuum de métodos de gestión y resolución de conflictos⁹⁵

Como mostrado en la figura X, de izquierda a derecha aumentan la coerción y la probabilidad de un resultado ganar-perder. A la izquierda del conti-

⁹⁴ Fuente: W. URY; J. M. BRETT; S. B. GOLDBERG, *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, cit. p. 19.

⁹⁵ Fuente: C. W. MOORE, *The Mediation Process*, cit. p. 7, y traducida por Xinwei Li.

num se figuran los procesos informales y privados en que participan sólo las partes en disputa o un tercero con menor poder (por ejemplo, un mediador). En contrario, a la derecha del continuum se encuentran los procesos formales y públicos que implican la coerción.

Como pone de manifiesto Revilla González, aunque suelen expresarse como una única categoría, los métodos alternativos de resolución de conflictos presentan una diversidad de figuras (que tienen una naturaleza y características distintas) y una estructura organizativa distinta (según que la gestión de esos métodos se confíe a la iniciativa privada o a instituciones o entidades públicas). Además, suele realizarse la distinción de estos métodos atendiendo a las facultades o competencias que tiene el tercero que interviene en la resolución del conflicto⁹⁶.

Entre todos los procesos, los más utilizados son la litigación, el arbitraje, la mediación y la negociación, a los que dedicaré más páginas. No obstante, no debemos olvidarnos de que en la práctica existen mucho más métodos de resolución de conflictos disponibles para diferentes tipos de casos⁹⁷.

Como pone de manifiesto Menkel-Meadow, “Fuller afirmó que cada proceso de resolución de disputas tiene su propia integridad funcional particular y su propia moralidad”; y entre ellos existen diferencias claras respecto de: “cómo se encuentran los hechos, el papel del precedente, quién es el tercero neutral, el momento más oportuno para el uso del proceso, qué partes deben participar, y quién debe estar vinculado o afectado por el resultado de un determinado proceso de resolución de disputas”. En este sentido, “la mediación se utiliza mejor cuando las partes están inmersas en las relaciones duraderas (como en las familias o en los lugares del trabajo) y necesitan ser reorientadas entre sí⁹⁸ más que tener una decisión tomada o una ley elaborada a partir de

96 J. A. REVILLA GONZÁLEZ, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: las relaciones transfronterizas”, cit. p. 63.

97 Soleto Muñoz ha listado diversos métodos alternativos de solución de disputas para materias disponibles tales como arbitraje, medarb y procedimientos híbridos de arbitraje y mediación, tercero neutral de investigación de hechos, minijjuicio, juicio provisional (*pro tem*), juicio de jurado sumario, juicio privado, evaluación del caso, evaluación neutral temprana, conciliación, facilitación, mediación, práctica colaborativa, negociación; métodos específicos para el ámbito familiar: conferencia de grupo familiar, coordinación de parentalidad, círculo de paz y círculos de diálogo; y otros mecanismos como ombudsman o defensor, maestro especial (*special master*), programa multi-puertas (*multi-door courthouse*). Vid. más en: H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

98 Vid. más en: L. L. FULLER, “Mediation: Its Forms and Functions”, *Southern California Law Review*, vol. 44, 1970.

ellas; el arbitraje se utiliza mejor cuando las partes han elaborado reglas propias, como en los acuerdos de negociación colectiva o contratos comerciales, y necesitan ayuda para hacer cumplir sus propias normas de conducta privadas”; y “la adjudicación es necesaria sólo cuando una decisión autorizada y pública de interpretación legal es requerida por las partes o por la sociedad en general”⁹⁹.

Negociación: se refiere a “un proceso voluntario y por lo general no estructurado en el que las partes a identificar temas de interés, explorar opciones para la resolución de los problemas, y la búsqueda de un acuerdo mutuamente aceptable para resolver las cuestiones planteadas. Las partes contendientes podrán ser representadas por abogados en la negociación. La negociación es la forma de resolución de conflictos en la que las partes interesadas llegan a su solución por sí mismas a través del diálogo¹⁰⁰. Profundizaré sobre este tema cuando explico el modelo de Harvard de mediación.

Litigación: se refiere a “un proceso de resolución de disputas involuntario, formal y público, donde un juez o un jurado elegido o designado por el gobierno determina hechos y decreta un resultado a causas legales de la acción basándose en las presentaciones adversariales hechas por cada parte”¹⁰¹.

Es muy ilustrativa la imagen de la litigación presentada por Love¹⁰² cuando describe vívidamente las características de este mecanismo:

Una señora con los ojos vendados, estando de pie estirada y en lo alto en los lugares públicos, sostiene las balanzas. Dado que tiene los ojos vendados

99 C. J. MENKEL-MEADOW, “Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution”, cit. p. 17.

100 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.; Patton define la negociación como “una comunicación de ida y vuelta diseñada para llegar a un acuerdo entre dos o más partes que tienen algunos intereses compartidos y otros que puedan entrar en conflicto o simplemente ser diferentes”. Vid. en: B. PATTON, “Negotiation”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005. p. 279.

101 L. P. LOVE; J. B. STULBERG, “Understanding dispute resolution processes”, en *Michigan mediator skill-building manual*, Michigan Supreme Court, 1997. Cit. en: C. J. MENKEL-MEADOW; L. P. LOVE; A. K. SCHNEIDER, *Mediation: Practice, Policy, and Ethics*, second edition, Aspen Publishers, New York, 2013. p. 14.; Vid. más sobre este instrumento en: J. R. SEUL, “Litigation as a dispute resolution alternative”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.

102 L. P. LOVE, “Images of Justice”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 1, n° 1, 2000. pp. 29-30.

y no puede ver a las partes, es garantizada su imparcialidad. Las partes en conflicto defienden sus casos presentando lo mejor que puedan reunir para ellas mismas y lo peor sobre el otro lado. El asunto se pesa en estas balanzas en la vista del público y el equilibrio resuelve la disputa.

Las balanzas mismas se equilibran con más precisión después de cada pesaje y cada caso. El peso de factores precisos es calibrado, y la señora con los ojos vendados anuncia cómo pesan estos factores, esta vez, y para siempre.

En caso de que una de las partes sospeche que las balanzas estén desequilibradas o la venda se haya levantado, podrá recurrir a las autoridades superiores para probar la integridad del proceso.

Esta señora es accesible a todos, ricos y pobres por igual. Y si una de las partes invoca su ayuda, el otro debe responder y contrapesar las balanzas; si no, se arriesgará a un veredicto desfavorable y al poder detrás de esta señora (el poder del Estado a quitar y dar la propiedad y la libertad).

Arbitraje: se refiere a “un proceso privado, donde las partes en conflicto acuerdan que uno o varios árbitros decidan definitivamente sobre la controversia tras recibir alegaciones y pruebas, basándose en derecho o en equidad. Las partes pueden mantener la confidencialidad”¹⁰³. La imagen de este método ofrecida por Love es:¹⁰⁴

Sabio, sofisticado, confiado y honrado en su comunidad, el árbitro está, alejado de las partes, con los brazos cruzados en el escepticismo, escuchando con atención para obtener cada pieza de información que revelará finalmente los hechos. El árbitro no tiene los ojos vendados porque las partes confían en su discreción, pero no puede reunirse en privado con una de las partes, ya que las partes no se confían entre sí.

103 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.; según Revilla González, “el arbitraje es (además del proceso en el ámbito judicial) el clásico método heterocompositivo, donde los litigantes someten a un tercero la resolución de su controversia, aceptando de antemano el cumplimiento de la decisión que adopte”. Vid. más sobre este medio en: J. A. REVILLA GONZÁLEZ, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: las relaciones transfronterizas”, cit. pp. 63-65; Cole y Blankley definen el arbitraje como “un proceso mediante el cual un tercero privado y neutral hace una determinación vinculante de un asunto en disputa”, que tiene muchas formas como arbitraje contractual, arbitraje anexo al tribunal o arbitraje ordenado por el tribunal, y arbitraje laboral. Vid. más en: S. R. COLE; K. M. BLANKLEY, “Arbitration”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.

104 L. P. LOVE, “Images of Justice”, cit. pp. 30-31.

El regalo que el árbitro da a las partes es una decisión rápida basada en sus expertos en el ámbito particular. Su decisión está destinada a favorecer a una parte sobre la otra, pero la rapidez y la precisión permitirán a las partes a seguir adelante con sus vidas y negocios.

No hay apelación de este árbitro, ya que el árbitro es elegido por las partes, en esta elección las partes reconocen tácitamente que cualquier que sea tal persona decida sería justo. Por lo tanto, el poder del árbitro es inmenso, una vez conferido por las partes, y se ve reforzado aún más por la señora con los ojos vendados asegurándose de que sus laudos son honrados.

Mediación: se refiere a “un proceso privado, donde una tercera persona neutral llamada mediador ayuda a las partes en conflicto. Las partes tienen la oportunidad de describir los problemas y discutir sus intereses, emociones y posibles soluciones”¹⁰⁵. En esta imagen representada por Love se ve:¹⁰⁶

Una figura sentada con las partes, alcanzando sus manos hacia cada una de ellas, apoyándolas en la narración de sus historias y la comunicación entre ellas con el fin de analizar el asunto más cuidadosamente. También es posible que sus manos estén apuntando a las partes para recordarles sus responsabilidades de tratar cuidadosamente sus situaciones y a los demás, de comprender las oportunidades y los riesgos inherentes en varias opciones, y de invocar su creatividad para abordar el conflicto.

La figura no está sola o distante. Sus brazos extendidos forman un puente entre las partes, por lo que la comunicación y la energía positiva pueden fluir de nuevo. Su presencia es un catalizador poniendo en movimiento el potencial que tienen las partes.

A diferencia de la señora con los ojos vendados, el mediador ve todo lo que se ofrece sin la protección de los procedimientos formales o de las reglas de

105 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.; según Kovach, “la mediación se define comúnmente como un proceso en el cual un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes en disputa a alcanzar una resolución mutuamente aceptable”. Vid. en: K. K. KOVACH, “Mediation”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005. p. 304; García Villaluenga define la mediación como una institución emergente no jurisdiccional y cooperativa de gestión, transformación y/o resolución de conflictos que tiene como ejes esenciales la voluntariedad y la confidencialidad, cuyo proceso es conducido por un profesional de la mediación que actúa facilitando la comunicación entre las partes, verdaderas protagonistas de dicho proceso, desde la imparcialidad y sin ningún poder de decisión. Vid. en: L. GARCÍA VILLALUENGA, “La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?”, cit. p. 64.

106 L. P. LOVE, “Images of Justice”, cit. pp. 31-32.

evidencia. También a diferencia del árbitro o del juez, el mediador puede reunirse con las partes conjuntamente o separadamente, para que cada significado y posibilidad se capture y se ofrezca de vuelta en su forma más agradable entre las partes.

Las características del mediador son confusas, puesto que el foco y la luz permanecen sobre las partes en disputa. Sin embargo, su presencia sola rebosa optimismo, respeto y confianza en la capacidad de las partes. Además, la mediación trae un sentido enérgico y urgente de que la justicia se puede obtener a través de las propias partes.

3. Mediación: estilos pluralistas

Como bien apunta Soletto Muñoz, “es habitual que el mediador en el inicio de su formación intente entender qué formas distintas de mediación existen clasificándolas en un número y forma asequible. De esta necesidad de concreción se ha desarrollado la idea de estilos o ‘escuelas’ de mediación, destacando la lineal, la transformativa y la narrativa, si bien es tendencia el incremento de modelos ... Ha habido gran debate sobre esta cuestión, y en general la mayoría de la doctrina distingue a los referidos estilo facilitativo y directivo o evaluativo. Riskin, con su idea de una parrilla en la que podríamos organizar la actuación del mediador de forma facilitativa a evaluativa y relacionarla con la complejidad del conflicto, ha dado pie a numerosos desarrollos de la doctrina”¹⁰⁷.

En lo siguiente, primero me dedico a dar a conocer variados mecanismos de clasificación basándose en la de Riskin; después explicaré de manera muy detallada los tres modelos principales de las culturas occidentales con el fin de introducirlos a los lectores, aportándoles más bagajes en la resolución de las controversias; y por último, intento buscar un estilo “mejor” que otros si existiera uno.

3.1. Mecanismos variados de clasificación

Como bien señala Riskin¹⁰⁸, aunque la definición de mediación es gene-

107 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

108 L. L. RISKIN, “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed”, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1:7, Primavera 1996.

ralmente aceptada¹⁰⁹, cae dentro de esta amplia definición una grandísima variedad de actividades que el mediador puede aplicar en la práctica. “La confusión es especialmente perniciosa dado que muchas personas no la reconocen; describen una forma de mediación e ignoran otras, o afirman que tales formas no constituyen mediación”.

En efecto, una gran cantidad de esfuerzos se han establecido con el fin de categorizar la mediación. No obstante, Riskin comenta que “las categorías no son totalmente coherentes de un sistema al otro”, por lo que “un término específico puede tener diferentes significados en distintos sistemas”. Además, “ninguno de ellos fue diseñado para ser utilizado de manera exhaustiva, es decir, para describir orientaciones, estrategias y técnicas empleadas en prácticamente cualquier contexto de mediación”, tipo de sistema que Riskin intenta ofrecer.

El sistema propuesta por Riskin se compone de dos continuums: el continuum de la definición del problema¹¹⁰ en un eje horizontal y otro del papel del mediador¹¹¹ en un eje vertical, como se muestra en la figura XI. Pues cada uno

109 Se refiere a “un proceso en el que un tercero imparcial, que carece de autoridad para imponer una solución, ayuda a otros a resolver una disputa o a planificar una transacción”.

110 El continuum de la definición del problema “mide el alcance del problema o problemas que la mediación pretende abordar o resolver”. En un extremo de este continuum se encuentran problemas estrechos y en el otro, problemas muy amplios; en el centro se encuentran problemas de amplitud intermedia. Riskin ha identificado cuatro niveles de mediación que corresponden a diferentes grados de amplitud:

- Nivel I: Asuntos de Litigación
- Nivel II: Intereses de Negocios
- Nivel III: Asuntos Personales/Profesionales/Relacionales
- Nivel IV: Intereses Comunitarios

Además, Riskin propone que por supuesto, las mediaciones que emplean definiciones de problemas más amplias pueden incluir la resolución de problemas más estrechos, sin embargo, la cuestión distributiva podría llegar a ser menos importante.

111 El continuum del papel del mediador “mide las estrategias y técnicas que emplea el mediador al intentar abordar o resolver los problemas que componen el objeto de la mediación”. “Un extremo de este continuum contiene estrategias y técnicas que facilitan la negociación de las partes”, y “en este final facilitativo son comportamientos destinados a simplemente permitir que las partes se comuniquen y se entiendan entre sí”; “en el otro extremo se encuentran estrategias y técnicas destinadas a evaluar asuntos que son importantes para la mediación”, y “en este final evaluativo son comportamientos destinados a dirigir algunos o todos los resultados de la mediación”.

de los cuatro cuadrantes representa una orientación general hacia la mediación, que son: evaluativa-estrecha, facilitativa-estrecha, evaluativa-amplia y facilitativa-amplia¹¹².



Figura XI: Orientaciones del Mediador¹¹³

A pesar de algunas limitaciones¹¹⁴ en su capacidad descriptiva, Riskin cree que la parrilla puede ser útil de muchas maneras, especialmente en la selección de mediadores, ya que puede ayudar a las partes o a los administradores de programas en comprender las ventajas y desventajas potenciales de los diversos enfoques de mediación y en evaluar la importancia relativa del mediador con conocimientos específicos y la imparcialidad.

Más reciente, Riskin sustituye la dicotomía facilitativo-evaluativo por elicitivo-directivo (*elicitive-directive*), considerando que el continuum del pa-

¹¹² Riskin también propone algunas estrategias y técnicas que tipifican cada orientación de la mediación. Cabe indicar que el propio Riskin tiende a favorecer el enfoque facilitativo-amplio, sin embargo, esto no le impide ver las virtudes de otros enfoques en los casos apropiados.

¹¹³ Fuente: L. L. RISKIN, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", cit.

¹¹⁴ Como bien señala Riskin, "en primer lugar, algunos mediadores deliberadamente tratan de evitar adherirse a una orientación particular"; y "en segundo lugar, por una variedad de razones, algunos mediadores que tienen una orientación predominante no siempre se comportan consistentemente con ella".

pel del mediador ha causado confusión y el continuum de la definición del problema no puede ser capaz de describir ciertos tipos de comportamientos de mediación. Además, la parrilla anterior no tiene en consideración algunas cuestiones importantes.¹¹⁵

Pues como bien indica Mayer, “nos quedamos con una constelación de los enfoques de mediación que no han sido claramente categorizados”. En lugar de intentar una categorización, Mayer sugiere varias preguntas¹¹⁶ que pueden ayudar a definir la aproximación del mediador.¹¹⁷

3.2. Modelo Harvard de Mediación

Como bien apunta Giménez Romero, a diferencia de los otros dos modelos de mediación, “el llamado modelo de Harvard no es directamente un sistema de mediación, sino una escuela de negociación y resolución de conflictos. Estamos, en todo caso, ante un método de mediación para la negociación

115 Vid. más en: L. L. RISKIN, “Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System”, *Notre Dame Law Review*, vol. 79, 1, 2003.

116 Las preguntas son:

“¿Hasta qué punto el mediador se enfoca en lograr una solución a los problemas definidos en lugar de atender cómo él o ella puede ayudar a promover un proceso constructivo de comunicación?

¿El mediador considera que las soluciones surgirán del intercambio de las partes entre sí, o el mediador se ve a sí mismo como el principal intermediario para la comunicación y la generación de soluciones?

¿El mediador se centra principalmente en una dimensión del conflicto (conductual, emocional o cognitiva), en una combinación de dos dimensiones o en las tres?

¿Cuánto énfasis pone el mediador en explorar las necesidades y preocupaciones subyacentes?

¿El mediador dedica un esfuerzo considerable a identificar alternativas a un acuerdo negociado (por ejemplo, qué sucederá en el tribunal)?

¿El mediador ve el propósito de la mediación como resolver problemas, transformar relaciones o fomentar un proceso constructivo de comunicación?

¿El mediador se ocupa de los elementos duraderos de un conflicto, o se centra principalmente en las cuestiones que se prestan a soluciones inmediatas?

¿Cuánta atención el mediador presta al discurso y al marco narrativo de una disputa?

¿Cuán flexible es el mediador en su enfoque? ¿Considera el mediador que los litigantes tienen un papel importante en la determinación del enfoque que él o ella tomará?”

117 Vid. en: B. MAYER, *The Dynamics of Conflict: A Guide to Engagement and Intervention*, cit. p. 278.

asistida. Las ideas y experiencias del grupo de Harvard en relación con las disputas y con la negociación han influido muy notablemente en la práctica de los profesionales de la mediación, en buena parte de ellos como método predominante y en otros como un bagaje a tener en cuenta”¹¹⁸.

En sentido popular, la negociación es algo que la gente experimenta cada día; incluso sin darse cuenta, está negociando. Por ejemplo, uno quiere ir a un restaurante chino, pero su amigo quiere comer pizza, habrá una negociación entre ellos para decidir cuál de las comidas van a elegir. Como se puede imaginar, la negociación es muy importante si queremos obtener lo que queremos. Además, en las negociaciones entre organizaciones, empresas y naciones sucede esencialmente lo mismo.

En sentido filosófico, como pone de manifiesto Páramo Argüelles, “la imposibilidad de predecir y la falta de cooperación (sus contrarios son denominados por los economistas *equilibrio* y *optimalidad de Pareto*) son los dos problemas del orden social que ponen en peligro su integración y estabilidad. Pues bien, la negociación tiene que ver con este segundo problema”; y además, indica tres rasgos característicos de la negociación: interdependencia, conflicto de intereses y posibilidad de acuerdo¹¹⁹.

En principio, hay dos tipos de negociación: negociación distributiva y negociación integrativa. Como pone de manifiesto Soleto Muñoz, la negociación distributiva se basa en que las partes defienden sus posiciones sin entrar a estudiar otros elementos de la negociación, por el contrario, la negociación integrativa se basa en la idea de la cooperación y de la satisfacción de los intereses de las partes. Los negociadores distributivos perciben el proceso como repartir una tarta, en lo que uno gana y el otro pierde; y los negociadores integrativos perciben el proceso como agrandar la tarta en busca de la ganancia mutua, mediante el conocimiento de los intereses de las partes y la generación de opciones creativas¹²⁰.

Como bien apunta Mayer, los intereses comunes y divergentes permiten la posibilidad de una negociación integrativa. Es relativamente fácil entender que los intereses comunes puedan llevar a las partes a un acuerdo, sin embargo, los intereses divergentes suelen ser ignorados. De hecho, en muchos

118 C. GIMÉNEZ ROMERO, “Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”, *Migraciones*, 10, 2001.

119 Vid. más en: J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, “Democracia, preferencias y negociación”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2, 1999.

120 H. SOLETO MUÑOZ, *El abogado colaborativo*, cit.

casos, justamente debido a que las partes quieren cosas diferentes (siempre y cuando los intereses no son exclusivos), un acuerdo podrá conseguirse. Por lo tanto, la información constituye un factor clave en la negociación integrativa¹²¹.

La forma más común de negociación es la negociación distributiva basada en posiciones, la practica la gente a diaria incluso sin darse de cuenta. Un ejemplo sencillo es el regateo entre un turista y un vendedor de souvenirs. El vendedor ofrece un precio, y el turista ofrece otro menor, lo discuten y ambos hacen concesiones, al final llegan a un compromiso o no. Aquí los precios ofrecidos por ambas partes son sus posiciones.

Como bien apunta Moore, “la negociación basada en posiciones recibe su nombre de la práctica de seleccionar una serie de posiciones (opciones particulares de solución que sólo satisfacen los intereses de la parte que las propone), y presentarlas al adversario como la solución para el asunto en cuestión ... Generalmente, las posiciones son ordenadas secuencialmente de manera que la primera posición es una gran demanda y representa la expectativa máxima de ganancia de un negociador independientemente de si acepta o no su oponente. Cada posición subsiguiente exige menos del oponente y da lugar a un menor número de beneficios para la parte que inicia ... La negociación basada en posiciones generalmente llega a un acuerdo, ya que han identificado una solución que satisface lo suficiente de los intereses del oponente para inducir la resolución”¹²².

Como pone de manifiesto Patton, “una explicación de la prevalencia de la negociación basada en posiciones reside en su simplicidad, que tiene el enfoque centrado principalmente en el elemento de compromiso ... Además, la negociación basada en posiciones tiene las ventajas de ser universalmente comprendida, frecuentemente esperada y concreta. También hay beneficios estratégicos de apostar eficazmente por una posición favorable ... Por último, centrarse en las posiciones evita el riesgo de que al revelar información sobre sus intereses invitará a la otra parte a mantenerlos como rehenes”¹²³.

No obstante, volvemos al ejemplo entre el vendedor y el turista, si no es un turista sino una persona que vive en la misma comunidad teniendo una relación duradera con la tienda, ¿la negociación basada en posiciones sigue funcionando bien?

121 B. MAYER, *The Dynamics of Conflict*, cit.

122 C. W. MOORE, *The Mediation Process*, cit. pp. 73-74.

123 B. PATTON, “Negotiation”, cit. p. 288.

Según Fisher, Ury y Patton, en su libro conocido *Obtenga el Sí (Getting to Yes)*, este tipo de negociación a veces funciona, especialmente en tales casos como el ejemplo del turista y el vendedor, pero tiene sus desventajas: produce acuerdos poco aconsejables; es ineficaz; pone en peligro una relación existente; y es aún peor cuando intervienen muchas partes¹²⁴.

Además, como bien señala Moore, “característicamente, la negociación basada en posiciones compromete a las partes a soluciones muy específicas en la fase inicial de la negociación y con frecuencia reduce la flexibilidad para generar otras opciones igualmente aceptables”; y “los negociadores basados en posiciones a menudo no logran maximizar la satisfacción de los intereses de cualquiera de las partes porque las soluciones son compromisos o adopción de la propuesta de una de las partes, en lugar de un producto del esfuerzo conjunto para encontrar soluciones mutuamente beneficiosas”¹²⁵.

Fisher, Ury y Patton argumentan que no importa si adoptamos un estilo duro o blando en la negociación basada en posiciones, las desventajas mencionadas arriba persisten; y nos proponen una alternativa: la negociación basada en intereses, denominada también negociación basada en principios o negociación basada en méritos, que es bastante sencilla teniendo cuatro puntos básicos¹²⁶:

- Gente: separar a las personas del problema;
- Intereses: centrarse en los intereses, no en las posiciones;
- Opciones: generar una variedad de posibilidades antes de decidir lo que se va a hacer;
- Criterios: insistir en que el resultado se basa en algún estándar objetivo.

3.2.1. Separar a las personas del problema¹²⁷

Como ponen de manifiesto Fisher, Ury y Patton, “los negociadores son, ante todo, personas” y “cada negociador tiene dos clases de intereses: en la esencia y en la relación”. Debido a que “la relación tiende a entremezclarse con el problema”, hay que separar la relación de la esencia y tratar directa-

124 R. FISHER; W. URY; B. PATTON, *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, cit. pp. 22-25; también Vid. en: B. PATTON, “Negotiation”, cit. pp. 288-290.

125 C. W. MOORE, *The Mediation Process*, cit. pp. 73-74.

126 R. FISHER; W. URY; B. PATTON, *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, cit. pp. 26-28.

127 Vid. en: *Ibid.* pp. 35-57.

mente con el problema de nuestro lado y del otro lado, pensando en términos de tres categorías básicas: percepción, emoción y comunicación.

Percepción: cada uno ve al mundo desde su punto de vista y piensa que es la única realidad. Yo misma tuve una experiencia interesante en un curso sobre trabajo en equipo. Los dos equipos teníamos que jugar la mímica, en que el otro equipo había usado unas sílabas como códigos y ganó el partido. Un compañero de nuestro equipo protestó que en toda su vida había jugado muchas veces de mímica y el uso de sílabas era jamás permitido, constituyendo el significado de la palabra “mímica”. Pero el otro equipo no la percibía de misma manera. Había una disputa en la clase sobre cómo percibimos cada lado sobre el concepto de mímica. Tales disputas producidas por percepciones diferentes son muy frecuentes en la vida cotidiana. Como un dicho chino sobre las obras de Shakespeare: *hay mil Hamlets en los ojos de mil lectores*.

Por eso, Fisher, Ury y Patton proponen que es muy útil “estar menos seguro” sobre las percepciones del otro y de nosotros mismos, y han indicado varias actitudes favorables que podemos adoptar: ponerse en el lugar del otro; no deducir las intenciones de los demás a partir de nuestros propios miedos; no culparlos de nuestros problemas; discutir las percepciones de cada uno; buscar oportunidades de actuar que estén en desacuerdo con sus percepciones; darles un lugar en el resultado, asegurándose que participan en el proceso; cubrir las apariencias: haga que nuestras propuestas estén de acuerdo con los valores de la otra parte.

Emoción: las emociones son combustibles para el conflicto, que pueden llevarlo a una negociación y también a su bloqueo o final, por eso deben tratar cuidadosamente las emociones expresadas o latentes en una negociación. Los enfoques de abordaje ofrecidos por el modelo de Harvard son: reconocer y comprender las emociones, las de los demás y las nuestras; manifestar las emociones de forma explícita y reconocerlas como legítimas; permitir que la otra parte se desahogue; no reaccionar ante las explosiones emocionales; utilizar gestos simbólicos, que “pueden producir un impacto emocional constructivo en una de las partes” como un regalo pequeño o un abrazo (aunque uno no se sienta sinceramente, lo hace desde la perspectiva de hacer una “inversión”).

Comunicación: según Fisher, Ury y Patton, en una negociación existen tres grandes problemas relativos a la comunicación: “los negociadores no se hablan entre sí, o por lo menos no de una forma en que puedan comprenderse”; “incluso si usted les habla, directa y claramente, puede que no le oi-

gan”; y “las malas interpretaciones”. También proponen algunos abordajes de estos problemas: escuchar de una forma activa y reconocer lo que se ha dicho (reconocer no significa estar de acuerdo sino reconocer que es de toda legitimidad que el otro, siendo un ser humano igual que nosotros, tenga sus propias percepciones y emociones sobre cierto asunto); hablar para que nos comprendan; hablar sobre nosotros, no sobre los demás, utilizando más el *mensaje yo* (describir un problema en términos del impacto que tiene sobre yo)¹²⁸; hablar con un propósito.

Cabe indicar que según Fisher, Ury y Patton separar las personas del problema no significa que sólo involucra el problema sin pasar por las personas, sino que tratarlos separadamente, ser duro con el problema y blando con las personas.

3.2.2. Centrarse en los intereses, no en las posiciones¹²⁹

Como ponen de manifiesto Fisher, Ury y Patton, “para llegar a una solución juiciosa, concilie los intereses no las posturas”, dado que “los intereses definen el problema”. “Detrás de las posturas opuestas residen intereses compartidos y compatibles, así como otros que se hallan enfrentados o en conflicto”. Como antes se ha mencionado, tanto los intereses compartidos como los divergentes pero complementarios, pueden servir por igual para elaborar un acuerdo sensato.

En cuanto a la identificación de los intereses, el modelo de Harvard nos ha facilitado unos métodos: preguntar ¿Por qué?; preguntar ¿Por qué no? y pensar en su elección; darse cuenta de que cada lado tiene múltiples intereses; los intereses más poderosos son las necesidades humanas básicas (la seguridad, el bienestar económico, la sensación de estar en su ambiente natural, el reconocimiento, el control sobre la vida de uno); y finalmente hacer una lista.

Y después de identificar los intereses, debemos: hablar sobre ellos, haciendo que nuestros intereses tengan vida a través de ser concreto, adoptar postura dura y establecer la legitimidad, siendo tarea nuestra hacer que la otra parte comprenda exactamente lo importantes y legítimos que son nuestros intereses; reconocer sus intereses como parte del problema; comentar el

128 Vid. más sobre esta herramienta en: W. URY, *The power of a positive No: how to say No and still get to Yes*, Bantam Books, New York, 2007. pp. 110-114.

129 Vid. en: R. FISHER; W. URY; B. PATTON, *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, cit. pp. 59-74.

problema antes de nuestra respuesta; mirar hacia delante, no hacia atrás; ser concreto pero flexible; y ser duro con el problema, no con las personas.

3.2.3. Inventar opciones en beneficio mutuo¹³⁰

Fisher, Ury y Patton han señalado cuatro grandes obstáculos que inhiben la invención de opciones abundantes en la mayoría de las negociaciones, que son el juicio prematuro; la búsqueda de la respuesta única; la presunción de un papel fijo; y pensar que solucionar su problema es su problema. Además, proponen las siguientes recetas:

- Separar, inventar y decidir. Es decir, “separar el acto de inventar opciones del acto de juzgarlas”. Se puede llevar a cabo una sesión de invención o de *brainstorming*;
- Ensanchar nuestras opciones desde diversos aspectos: multiplicar las opciones viajando continuamente entre lo concreto y lo general; examinar nuestro problema a través de los ojos de varios expertos; proponer acuerdos de distintas intensidades; y cambiar el alcance o ámbito del acuerdo propuesto;
- Buscar un beneficio mutuo, identificando los intereses compartidos y discrepantes, y preguntándoles por sus preferencias;
- Hacer que puedan decidirse fácilmente.

3.2.4. Insistir en utilizar criterios objetivos¹³¹

Insistir en el uso de criterios objetivos es una de las características relevantes de este modelo. Como bien apuntan Fisher, Ury y Patton, “decidir basándose en la voluntad es caro”; y “la negociación basada en principios alcanza acuerdos juiciosos de forma amistosa y eficaz”.

En cuanto al desarrollo de los criterios objetivos, proponen que se preparen por anticipado los criterios justos e imparciales, y los procedimientos justos. Después, para negociar con los criterios objetivos preparados, debemos recordar tres puntos básicos: formular cada tema como una búsqueda conjunta de criterios objetivos; razonar y abrirse al razonamiento sobre qué normas son las más apropiadas y cómo deben aplicarse; no ceder nunca a la presión, únicamente ante el principio.

¹³⁰ Vid. en: *Ibid.* pp. 75-98.

¹³¹ Vid. en: *Ibid.* pp. 99-112.

3.2.5. Elementos clave

Ya tenemos un mejor entendimiento sobre los cuatro puntos básicos del modelo Harvard. En la parte III (Capítulos 6-8) de su libro¹³², Fisher, Ury y Patton han explicado sobre cómo tratar unos elementos clave en la negociación como el poder y la mala fe.

Tratar el poder

Frente a los otros más poderosos, ¿cómo podemos protegernos y sacar el máximo partido? La respuesta dada por Fisher, Ury y Patton reside en el BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*), proponiendo que el poder negociador depende, primordialmente, de nuestro BATNA: cuanto mejor sea, mayor será nuestro poder.

Para desarrollar nuestro BATNA existen tres operaciones diferentes: inventar una lista de acciones que serían concebibles que emprendieramos si no se llegara a un acuerdo; mejorar algunas de las ideas más prometedoras y convertirlas en alternativas prácticas; seleccionar provisionalmente la alternativa que parezca mejor.

Por último, debemos considerar el BATNA del otro lado e intentar hacerlo menos atractivo para ellos.

Tratar la mala fe

Primero, ¿qué pasa si no quieren seguir el juego? Es decir, cuando adoptemos la negociación basada en intereses, la otra parte no quiere colaborar e insistir en una negociación basada en posiciones. Fisher, Ury y Patton indican tres enfoques para hacer frente a esta situación: siempre comenzar con la actitud colaboradora, utilizando la negociación basada en intereses, porque generalmente tal conducta es contagiosa; contrarrestar los movimientos básicos de la negociación basada en posiciones de tal forma que dirigemos su atención hacia las circunstancias; incluir a una tercera parte entrenada para centrar la discusión en intereses, opciones y criterios.

Segundo, ¿qué pasa si juegan sucio? Como ponen de manifiesto Fisher, Ury y Patton, si nos cometemos a la negociación basada en principios, no sólo nos adherimos a los principios en decidir las substantivas de la mediación sino también en los procedimientos de la mediación. Debemos negociar con el otro sobre las reglas del juego, que es la *metanegociación* (negociar sobre cómo negociar).

¹³² *Ibid.*

Debemos seguir en tres pasos: “reconocer la táctica, plantear el tema de forma explícita, y cuestionar la legitimidad y conveniencia de la táctica: negociarla”. El procedimiento sigue siendo el mismo con la esencia (cuatro puntos básicos explicados antes). En el caso de si fracasan todos, todavía tenemos el último recurso: acojámonos a nuestro BATNA y marchámonos.

Además, debemos conocer las tácticas engañosas comunes porque a través de reconocerlas ya podemos debilitar sus influencias. En este sentido, Fisher, Ury y Patton han señalado tres categorías principales de tácticas engañosas: engaño deliberado, guerra psicológica y tácticas de presión posicionales.

- El engaño deliberado se refiere a hechos falsos, autoridad ambigua e intenciones dudosas. Sin embargo, Fisher, Ury y Patton sostienen que “algo menos que una total revelación no es lo mismo que un engaño”, y “la negociación de buena fe no exige una revelación total”. En mi opinión, eso depende de la intención de la parte: si su intención es proteger a sí mismo, no constituye una conducta de mala fe, pero si la intención es engañar al otro, sí constituye una conducta de mala fe.

- La guerra psicológica se refiere a hacer a uno sentir malo para que quiera terminar la negociación lo antes posible. Bajo circunstancias como situación estresante, ataque personal, chico bueno-chico malo, o amenaza, es probable que haga más concesiones.

- Las tácticas de presión posicionales están diseñadas “para estructurar la situación de forma que únicamente una parte pueda hacer concesiones de forma eficaz”, que involucran la negativa a negociar (estableciendo unas condiciones previas a las negociaciones), exigencias extremas, exigencias crecientes, tácticas de bloqueo, un socio duro de corazón, un retraso calculado, “tómelo o déjelo”, etc.

Finalizando su libro, en la parte IV¹³³, Fisher, Ury y Patton han añadido diez preguntas que hace la gente frecuentemente, que abarcan cuatro ámbitos: preguntas sobre la justicia y la imparcialidad y la negociación basada en principios; preguntas sobre cómo tratar con los demás; preguntas sobre las tácticas; y preguntas sobre el poder. Estas preguntas también son bastante ilustrativas.

Como pone de manifiesto Soletto Muñoz, “las ideas de Fisher han cristalizado en muy diferentes métodos de estudio de los elementos de la negociación”; y los siete elementos para analizar la negociación en la actualidad,

¹³³ Vid. en: *Ibid.* pp. 165-203.

desarrollados en la *Harvard Law School*, son los siguientes: intereses, opciones, legitimidad o criterios, comunicación, relación, compromiso, y alternativas¹³⁴.

3.3. Modelo Transformativo de Mediación¹³⁵

En el modelo de Harvard basado en la resolución de conflictos, el objetivo más importante es maximizar la satisfacción de las necesidades individuales. En comparación, el modelo transformativo de mediación, propuesto por Bush y Folger, tiene objetivo principal, además de modificar las situaciones de la gente, transformar a las personas involucradas (de “personas débiles y egoístas” a “personas fuertes y consideradas”¹³⁶), y finalmente consigue un objetivo aún más elevado de transformar el carácter humano y construir una sociedad mucho mejor.

Bush y Folger opinan que el objetivo de transformación “posee una importancia original”¹³⁷; cuando se consiga este fin principal, los otros objetivos secundarios se lograrán naturalmente, pero si a inversa, no sucederá lo mismo. Además, proponen otra argumentación de adoptar este modelo: a través de otros medios de heterocomposición (la litigación o el arbitraje) también se pueden alcanzar otros objetivos, incluso funcionan mejor que la mediación; no obstante, sólo por medio de la mediación, se puede alcanzar este objetivo de transformar a las personas.

Pues en este modelo transformativo, el conflicto no se concibe como un problema (una incompatibilidad de necesidades e intereses) como en los modelos basados en la resolución de problemas, sino como una ocasión de lograr

134 Vid. en: H. SOLETO MUÑOZ, “Negociación”, en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013. pp. 204-205; También Vid. en: B. PATTON, “Negotiation”, cit. Además, Mnookin, Peppet y Tulumello han propuesto un enfoque descriptivo muy diferente para estudiar la negociación, apuntando que los desafíos esenciales de la negociación se basan en tres tensiones: tensión entre la creación y la distribución del valor, tensión entre la empatía y la asertividad, y tensión entre los intereses de principales y agentes. Vid. en: R. H. MNOOKIN; S. R. PEPPET; A. S. TULUMELLO, *Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes*, Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

135 Vid. en: R. A. B. BUSH; J. P. FOLGER, *La promesa de mediación*, Ediciones Granica S.A., 1996.

136 *Ibid.* p. 60.

137 Vid. más en: *Ibid.* pp. 59-61.

el crecimiento de la moral humana en dos dimensiones críticas e interrelacionadas que son la fuerza del yo y la compasión hacia los demás¹³⁸.

Y el objetivo del mediador ya no es el arreglo ni la satisfacción de las partes sino aprovechar de esta oportunidad de ayudar a transformar a los individuos comprometidos en estas dos dimensiones del crecimiento moral: la revalorización (*empowerment*) y el reconocimiento (*recognition*).

Como ponen de manifiesto Bush y Folger, “en su expresión más simple la revalorización significa la devolución a los individuos de cierto sentido de su propio valor, fuerza y capacidad para afrontar los problemas de la vida; y “el reconocimiento implica que se evoca en los individuos la aceptación y la empatía con respecto a la situación y los problemas de terceros”¹³⁹.

Además de las definiciones, Bush y Folger también han señalado detalladamente las clases de cosas manifestadas en el proceso de mediación que demuestran la consecución de la revalorización y el reconocimiento. Los tipos específicos de hechos que constituyen la revalorización son de cinco aspectos (metas, alternativas, habilidades, recursos y decisión):¹⁴⁰

- La revalorización relativa a las metas. Una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

“Alcanza una comprensión más clara, comparada con la situación anterior, de lo que le importa y por qué, al mismo tiempo que una comprensión en el sentido de que aquello que le importa en efecto es importante;

Comprende más claramente cuáles son sus metas y sus intereses en la situación dada, por qué persigue esas metas, y que ellas son importantes y merecen consideración.”

- La revalorización relativa a las alternativas. Una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

“Cobra conciencia de la gama de alternativas que puede garantizarle total o parcialmente la obtención de sus metas, y de su control sobre esas alternativas;

138 Según Gilligan, el desarrollo ético pleno involucra la integración de la autonomía individual y la preocupación por otros, de la fuerza y la empatía, por lo que reunir estas dos cualidades inherentes es la esencia de la madurez moral humana. Vid. en: C. GILLIGAN, *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1982; C. GILLIGAN, “Adolescent development reconsidered”, en C. GILLIGAN, J. V. WARD, J. MCLEAN TAYLOR (eds.) *Mapping the Moral Domain: A Contribution of Women's Thinking to Psychological Theory and Education*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1988.

139 R. A. B. BUSH; J. P. FOLGER, *La promesa de mediación*, cit. p. 21.

140 *Ibid.* pp. 135-138.

Comprende que existen decisiones con respecto a lo que debe hacer en la situación, y que ejerce cierto control sobre dichas decisiones;

Comprende que puede elegir si continuará en la mediación o la abandonará, si aceptará o rechazará el consejo jurídico o de cualquier otro carácter, si aceptará o rechazará una posible solución, etc.;

Comprende que, al margen de las restricciones externas, siempre se le ofrecen algunas alternativas, y el control sobre las mismas es exclusivamente suyo.”

- La revalorización relativa a las habilidades. Una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

“Acrecienta o aumenta sus propias habilidades en la resolución de conflictos;

Aprende el mejor modo de escuchar, comunicar, organizar y analizar cuestiones, presentar argumentos, utilizar la técnica del *brainstorm*, evaluar soluciones alternativas, etc., y después fortalecer esas cualidades utilizándolas prácticamente en la mediación.”

- La revalorización relativa a los recursos. Una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

“Cobra renovada conciencia de los recursos que ya posee (o que están al alcance de su mano) para alcanzar sus metas y sus objetivos;

Comprende más claramente que antes que retiene algo que es valioso para la otra parte; posee la capacidad de comunicarse o persuadir eficazmente; puede redistribuir sus recursos de modo que tengan más alcance; sus recursos son suficientes para promover una solución que antes no contempló; puede aumentar sus recursos explotando una fuente suplementaria de apoyo a la que antes no había contemplado.”

- La revalorización relativa a la decisión. Una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

“Refleja, delibera y adopta decisiones conscientes por sí misma acerca de lo que quiere hacer, incluyendo decisiones acerca de lo que hará en las discusiones de la mediación, y de la posibilidad de acordar y el modo de hacerlo, o de los restantes pasos que dará;

Evalúa plenamente las cualidades y las debilidades de sus propios argumentos (y de la otra parte), las ventajas y las desventajas de las posibles soluciones y de las alternativas que excluyen el arreglo, y adopta decisiones a la luz de sus evaluaciones.”

Las formas específicas de hechos que constituyen el reconocimiento son de cinco niveles:¹⁴¹

- La consideración del reconocimiento. Una parte otorga reconocimiento en la mediación cuando:

“Comprende que, más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte, no sólo como estrategia para facilitar su propia situación, sino por un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro;

Comprende que se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación, y concentrarse hasta cierto punto en lo que está viviendo la otra parte.”

- El deseo de otorgar reconocimiento. Una parte otorga reconocimiento en la mediación cuando:

“Asume que, más allá de poseer la capacidad para considerar y comprender la situación del otro, alienta el deseo real de hacerlo;

Se da cuenta de que desea concentrar su atención en lo que el otro está experimentando y encontrar un modo de reconocer esa experiencia a través de su comportamiento en la sesión.”

- Otorgar reconocimiento en el pensamiento. Una parte otorga reconocimiento en la mediación cuando:

“En efecto se permite ella misma ver a la otra parte y su comportamiento, bajo una luz diferente y más favorable que antes;

Se dedica conscientemente a reinterpretar la conducta y el comportamiento anteriores de la otra parte y trata de verlos de un modo nuevo y más condescendiente;

Renuncia conscientemente a su propio punto de vista y trata de ver las cosas con la perspectiva de la otra parte.”

- Otorgar reconocimiento verbal. Una parte otorga reconocimiento en la mediación cuando:

“Admite francamente que cambió su interpretación del otro y/o decide comunicárselo;

Admite ante el mediador, aunque sea privadamente, cómo ahora ve de distinto modo lo que sucedió y reconoce que ese episodio proyecta una luz distinta y más favorable sobre la otra parte; o dice esto al mediador en presencia del otro, o directamente a la otra parte;

141 *Ibid.* pp. 141-144.

Agrega al enunciado de su nueva comprensión cierto tipo de disculpa;

Se excusa por haber ‘pensado antes lo peor’ acerca de la otra parte, y/o por su propio comportamiento con sesgo de ‘represalia’, que se basó en su áspera interpretación del comportamiento del otro con esta misma.”

- Otorgar reconocimiento en actos. Una parte otorga reconocimiento en la mediación cuando:

“Decide, a la luz de su comprensión diferente de la conducta anterior del otro y su situación, promover cierta adaptación concreta al otro por referencia al modo en que se afrontan las cuestiones en disputa. Si un primer ofrecimiento de adaptación no es suficiente, decide obtener una solución satisfactoria para ambos, para promover una adaptación ulterior;

Aún si sus propias circunstancias son tan compulsivas que no le es posible adaptarse lo suficiente como para resolver el asunto, expresa sincero pesar en vista de la situación.”

Por consiguiente, una mediación existosa en este modelo consiste en: “si las partes han llegado a cobrar conciencia de las oportunidades de revalorización y reconocimiento que se les presentaron durante la mediación; si se ha ayudado a las partes a aclarar las metas, las alternativas y los recursos, y después se las ha ayudado a adoptar decisiones informadas, reflexivas y libres acerca del modo de actuar en cada punto de decisión; y se ha ayudado a las partes a otorgar reconocimiento cuando su decisión se manifestaba en ese sentido”¹⁴².

En los modelos basados en la resolución de problemas como el de Harvard, Bush y Folger han observado que los mediadores suelen ejercer una influencia, que resulta inevitable, en el proceso de mediación, adoptando una actitud energética y directiva, utilizando técnicas como la “facilitación selectiva”¹⁴³, etc., con el fin de obtener un arreglo más justo según sus propios criterios, ignorando otros problemas que no son tan fáciles de resolver como las emociones, las relaciones y otros.

Y han indicado que los mediadores, que tienen su objetivo de la resolución de problemas, suelen usar tres pautas de comportamiento para hallar soluciones: elaborar evaluaciones globales, confirmar las condiciones del arreglo y eliminar las cuestiones intangibles, que en realidad modifican el carácter fundamental de la resolución de problemas; y, en lugar de satisfacer realmente las necesidades de las partes comprometidas, incorporan los propios inte-

¹⁴² *Ibid.* pp. 148-149.

¹⁴³ Vid. más sobre esta técnica en: *Ibid.* pp. 109-110.

reses del mediador. Esto parece una contradicción: cuan más los mediadores quieren resolver los problemas, están más lejos de satisfacer las necesidades verdaderas de las partes; y en esta circunstancia el principio de neutralidad resulta imposible de alcanzar.

No obstante, el problema de la influencia del mediador puede ser resuelto en el modelo transformativo, cuyo objetivo no es el arreglo ni la satisfacción de las partes, sino la revalorización y el reconocimiento. Por lo tanto, los mediadores cambian de su actitud directiva en el proceso, teniendo en cuenta que no necesitan conducir a una solución buena y tal conducta actualmente perjudica la revalorización, dando así “una definición nueva y más realista de la neutralidad” que es “el compromiso de usar la influencia sólo con el fin de mantener la decisión final del resultado en manos de las partes”¹⁴⁴.

De hecho, justamente debido a que en el modelo transformativo los mediadores no tienen objetivo la resolución de problemas, en los mayores casos se puede lograr dicho objetivo de satisfacer las necesidades de las partes, eliminando “arreglos ilusorios” (que no satisfacen a nadie) y “arreglos injustos” (que satisfacen a uno a expensas del otro)¹⁴⁵. Eso me recuerda a un dicho chino: *una flor vigilada no florece, pero un sauce desatendido crece*. En resumen, la capacidad de tratar mejor la influencia inevitable del mediador es una ventaja indirecta del modelo transformativo, teniendo en cuenta que su principal función reside en transformar a las personas.

Bush y Folger han señalado las tres pautas generales del comportamiento de los mediadores que usan este modelo transformativo: aplicar un microenfoque de las contribuciones de las partes (postura reactiva del mediador); adoptar medidas conscientes para alentar la deliberación de las partes y la adopción de decisiones; e invitar y ayudar conscientemente a las partes a considerar las perspectivas de la otra¹⁴⁶.

Por último, el modelo transformativo de mediación se basa en la visión referencial del mundo. Bush y Folger han explicado las tres concepciones del mundo que son la individualista, la orgánica y la referencial:¹⁴⁷

- En la concepción individualista del mundo, “el valor final es la satisfacción”. “Cada persona es una entidad única que aprecia la vida en sus propios términos, halla en ella un valor que sólo él puede percibir, y actúa en función

144 *Ibid.* pp. 163-164.

145 *Ibid.* p. 165.

146 Vid. más en: *Ibid.* pp. 156-158

147 *Ibid.* pp. 343-352.

de preservarlo”; y “se percibe a otros como instrumentos directos o indirectos del placer”.

Esta visión individualista “subraya la separación, la autonomía, la individualidad y el interés en el yo”. Pues la sociedad correspondiente tiene que “adoptar una actitud al mismo tiempo protectora y facilitadora pero no directiva”; y “ayudar a la gente a hacer lo que desea, impedirle atropellar a otros, pero no indicarles lo que deben hacer o desear”, destacando la libertad y la igualdad. Esta visión individualista ha sido y todavía es la visión dominante en los países occidentales.

- En la concepción orgánica del mundo, se destaca el valor de armonía, y el fin valorado es “la supervivencia y el bienestar de cierta entidad colectiva: la familia, la tribu, la comunidad o la sociedad”. Así que “se percibe a la persona como dotada de una conciencia inherente y una sensibilidad a algo exterior al yo”; y “se concibe al ser humano como una entidad consagrada a algo que está fuera del yo, a una existencia más grande y básica, de carácter tal que el yo simplemente existe para servirla”.

Esta visión orgánica subraya la conexión, la devoción, el carácter comunal y la generosidad. Y la sociedad basada en esta visión “es la entidad colectiva cuya existencia tiene carácter primario; es un organismo con vida propia, separada y superior a la vida de los individuos que lo forman. Posee una voluntad colectiva, y sea cual fuere el objeto de ese deseo constituye la única definición del bien. Así, la función de las instituciones sociales consiste en suministrar algunos medios para la estructuración de la voluntad colectiva, y encauzar y guiar a los individuos hacia sus lugares apropiados, donde puedan representar el papel asignado, que es servir al conjunto”. Una sociedad así destaca “la jerarquía, la voluntad y el servicio, que se expresan en la idea del deber”.

- En la concepción referencial del mundo, el valor supremo es la transformación en dos dimensiones: la fuerza del yo y la compasión hacia los demás, integrando las otras dos visiones del mundo en un conjunto equilibrado. Así que “se percibe a los individuos simultáneamente como separados y vinculados, como individualizados y similares. Se los ve como entes hasta cierto punto autónomos, autoconscientes e interesados con ellos mismos, pero también hasta cierto punto ligados, sensibles y reactivos frente a otros”.

Cabe indicar que “partir del valor de transformación conduce a la consideración de un atributo que ninguna de las otras visiones del mundo contempla: la capacidad de equilibrar y relacionar, y por lo tanto integrar los diferentes

aspectos del individuo, de modo que ninguno domine por completo determinando formas moralmente inferiores de conducta”.

La sociedad es, entonces, “el espacio propicio para ejercer esta dualidad de las cualidades inherentes a la dignidad humana”, integrando la fuerza y la compasión; y las instituciones sociales, además de ser facilitadoras y protectoras, juegan un papel de apoyo y educativo, para “ayudar a los individuos a fortalecerse ellos mismos y a mostrar preocupación unos hacia otros”.

Entendiendo estas tres visiones del mundo, como bien apuntan Bush y Folger, la mediación ya no implica sólo “una técnica de resolución de disputas”, sino también “la construcción y constitución de la naturaleza humana y la sociedad”¹⁴⁸; y “cuando los mediadores eligen su enfoque de la práctica ... también están eligiendo qué visión del mundo desean aplicar y qué clase de mundo quieren construir y habilitar”¹⁴⁹.

3.4. Modelo Narrativo de Mediación

Para entender este modelo narrativo de mediación, debemos adoptar una perspectiva totalmente distinta al modelo lineal y al modelo transformativo, pero igualmente ilustrativa. Voy a analizar este modelo en cuatro aspectos principales: bases filosóficas y teóricas; el conflicto desde la perspectiva narrativa; la resolución del conflicto en el modelo narrativo de mediación; y finalmente, los problemas éticos del mediador en este modelo.

3.4.1. Bases filosóficas y teóricas del modelo narrativo de mediación: construccionismo social

El modelo clásico de Harvard, que tiene objeto de la resolución de conflictos, se basa en las ideas psicológicas del individualismo, ya mencionado cuando analizamos el modelo transformativo. Winslade y Monk han indicado algunas premisas que se subyacen en el modelo de Harvard: primero, “el conflicto se basa en una psicología que se centra principalmente en el individuo”, pues “los individuos se ven como motores primarios en sus propios mundos, y las comunidades se consideran compuestas de seres humanos distintos quienes actúan independientemente y son responsables de sus elecciones”; segundo, “los individuos son impulsados principalmente por las necesidades

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 356.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 361.

generadas desde el interior, que se expresan en la mediación como sus intereses y se suponen tener su origen en la naturaleza humana en lugar de en, por ejemplo, los patrones culturales de pensar”; tercero, “se asume que el conflicto ocurre debido a que las necesidades individuales no están satisfechas”¹⁵⁰.

Por el contrario, el modelo narrativo de mediación se basa en las ideas del construccionismo social y el movimiento posmoderno, que destacan más las influencias contextuales de diferentes sociedades y culturas sobre los individuos¹⁵¹. Burr ha indicado siete características de los pensamientos del construccionismo social en general¹⁵², más tarde, Winslade y Monk han resumido estos siete rasgos en cuatro, que son antiesencialismo, antirrealismo, lenguaje como condición previa para los pensamientos y lenguaje como forma de acción social¹⁵³:

-El antiesencialismo se refiere a que “la gente es más el producto de los procesos sociales que el determinado por las esencias del interior”¹⁵⁴. Desde esta perspectiva, “las necesidades humanas no son tan esenciales (o naturales), ya que se construyen en el discurso o en la conversación. Por lo tanto, un tipo diferente de conversación podría potencialmente conducir a una revisión de estas necesidades”¹⁵⁵.

-“El antirrealismo pone en duda la existencia de hechos objetivos”¹⁵⁶. Como bien apuntan Winslade y Monk, “todos los conocimientos se derivan de una perspectiva y las perspectivas son relativas a determinadas versiones culturales o sociales de la realidad. En este sentido, los conocimientos nunca pueden ser definitivos, sino son relativos al tiempo y al lugar y al panorama social desde donde se hayan producido”¹⁵⁷.

Según mis entendimientos, la “realidad” se constituye por el objeto y la perspectiva desde donde lo contemplan. Sin la perspectiva, conocer el objeto es imposible. Así que no existe una realidad universal, sólo una particular. La perspectiva es tan importante (si no es más) como el objeto en el proceso de conocer esta realidad particular.

Además, Winslade y Monk proponen que “todos los hechos se suponen

150 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation: a new approach to conflict resolution*, Jossey-Bass, 2000. pp. 32-33.

151 Vid. más en: M. SUARES, *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., 6ª reimp, Paidós, Buenos Aires, 2008.

152 V. BURR, *An Introduction to Social Constructionism*, Routledge, London, 1995.

153 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. 37.

154 *Ibid.* p. 37.

155 *Ibid.* p. 38.

156 *Ibid.*

157 *Ibid.*

servir los intereses particulares como resultado del proceso de privilegiar ciertas perspectivas como hechos establecidos o aceptados”¹⁵⁸. Estas perspectivas privilegiadas cambiarán, poco a poco, a los discursos circulando en la sociedad, lo que añade un sentido de construcción a tal proceso.

Desde la perspectiva antirrealista, el modelo de Harvard que responde a la cultura anglosajona “surge de un contexto en el que tiene sentido, expresando un sesgo cultural y representando un conjunto histórico particular de las circunstancias”¹⁵⁹. En este sentido, el modelo de Harvard no puede o no debe adaptarse perfectamente a otros contextos culturales e históricos.

- El lenguaje como condición previa para los pensamientos. Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, en lugar de declarar que “la gente tiene pensamientos o sentimientos en el interior que preceden a su expresión, tiene más sentido hablar de cómo los discursos y formulaciones lingüísticas constituyen nuestras experiencias subjetivas. En otras palabras, el lenguaje o el discurso consiste en una condición previa para los pensamientos”¹⁶⁰.

En este sentido, el lenguaje ya no es un instrumento simple que usamos para expresar cosas o pensamientos, sino como propone Ludwig Wittgenstein, las palabras construyen, en gran medida, los eventos, nuestra existencia y personalidad¹⁶¹. Así que el lenguaje cuenta con una función constructiva y se vuelve en una actividad de creación del sentido.

Como consecuencia, proponen que en comparación con la perspectiva individualista desde donde emergen los modelos de mediación basándose en la resolución de conflictos, los modelos de mediación basados en esta perspectiva podrán destacar más la relación, la comunicación, los discursos sociales, etc.¹⁶²

Por ejemplo, Gergen apunta que “no es el individuo aislado que nace y que muere; uno nace en una relación, definido por ella y definiéndola”, y cuando uno muere, “es un patrón de relaciones que perece”¹⁶³. Este punto de vista es mucho más coherente con la cultura tradicional china, si usted recuerda cuando hablamos de los chinos como seres dependientes.

- El lenguaje como forma de acción social. Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, siguiendo el apartado anterior, si el lenguaje tiene la fun-

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 35.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 39.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.* p. 40.

¹⁶³ K. J. GERGEN, *The saturated self: dilemmas of identity in contemporary life*, Basic Books, New York, 1991. p. 243.

ción constructiva, el mundo está construyéndose en las interacciones cotidianas entre las personas; “al hablar, la gente no sólo está expresando lo que hay dentro, sino que también está produciendo su mundo”, así que “el lenguaje es performativo, y su uso es una forma de acción social”¹⁶⁴.

Partiendo de esta perspectiva, ya no cabe duda alguna de que la mediación tenga una función social. Más aún, la mediación es un sitio donde la acción social siempre se está llevando a cabo en vez de sólo se está hablando¹⁶⁵.

3.4.2. Entendiendo el conflicto desde la perspectiva narrativa

Según el modelo narrativo de mediación, el conflicto ya no supone una incompatibilidad de intereses o necesidades entre las partes involucradas, sino depende, en mayor parte, de sus respectivos contextos sociales e históricos. En palabras más breves, tomando nuestro ejemplo de que haya vuelto a los tiempos antiguos, el conflicto sobre la naranja sucedió principalmente porque el otro había vivido en los pueblos primitivos y usted había vivido en una sociedad mucho más moderna.

Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, este modelo narrativo, que se influye fuertemente por el movimiento filosófico posmoderno¹⁶⁶, sostiene que, como ya se ha analizado, no existe la realidad universal y destaca la diversidad en cómo la gente ve y da sentido a las cosas debido a los diferentes contextos que sitúa, por lo tanto, “desde la perspectiva narrativa, el conflicto se entiende de afuera hacia adentro (*outside-in*¹⁶⁷) como el producto casi inevitable de esta diversidad, en lugar de como el resultado de la expresión de las necesidades o intereses personales”¹⁶⁸.

164 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. 40.

165 *Ibid.*

166 Vid. más sobre el movimiento filosófico posmoderno en: M. FOUCAULT, *The archaeology of knowledge*, Blackwell, Oxford, England, 1972; D. HARVEY, *The Condition of postmodernity*, Blackwell, Oxford, England, 1989.

167 En el prefacio de su libro Winslade y Monk argumentan que “*we compare narrative mediation with other approaches to mediation as an outside-in phenomenon rather than as an inside-out phenomenon. For example, the outside-in perspective looks at conflict as produced in the sociocultural milieu, where meanings are contested within the social fabric of community, while the inside-out perspective looks at conflict as created within the so-called natural desires, interests, and needs emanating from the individual*”. Vid. en: J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. xi.

168 *Ibid.* p. 41.

Además, la metáfora narrativa subraya la importancia de las historias que usamos para dar sentido a nuestras vidas y relaciones¹⁶⁹. Apelando a Márquez, “la vida no es la que uno vivió, sino la que uno recuerda y cómo la recuerda para contarla”¹⁷⁰.

Según Cobb, “los eventos, roles de personajes y temas morales son estructurados dentro del contexto de la historia, dando forma al significado de la historia en la narración de la misma. Las narrativas son significativas en el sentido de que desdibujan las distinciones tradicionales entre el discurso y la acción: contar una historia es actuar sobre el mundo”¹⁷¹.

Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, en este sentido, los hechos no son más que las historias generalmente aceptadas, y “de vez en cuando estas historias dan lugar a lecturas diametralmente opuestas de eventos”¹⁷². Se ve este proceso claramente en los conflictos étnicos como el existente entre Israel y Palestina.

En resumen, para un mejor entendimiento, he elaborado la figura XII que refleja de manera sencilla este proceso de conocer y crear la “realidad” desde donde los conflictos surgen:

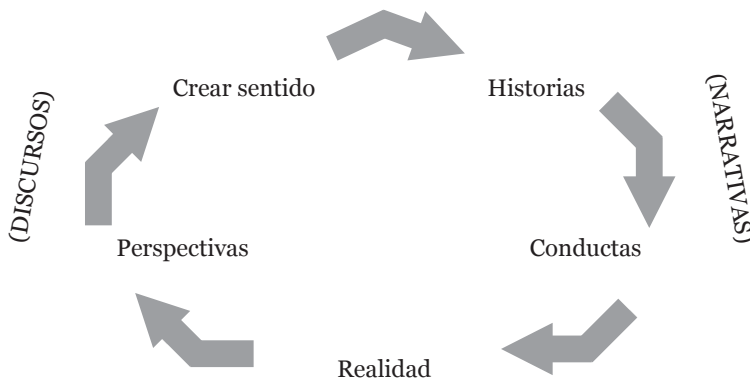


Figura XII: Proceso de conocer y crear “realidad”

169 Vid. más en: E. BRUNER, “Ethnography as narrative”, en V. TURNER, E. BRUNER (eds.) *The anthropology of experience*, University of Illinois Press, Chicago, 1986.

170 G. GARCÍA MÁRQUEZ, *Vivir para contarla*, sexta edición, Debolsillo, 2014.

171 S. COBB, “Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective”, *Negotiation Journal*, vol. 9, 3, 1993. p. 250.

172 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. 41.

Como se puede observar en este círculo, las narrativas y los discursos son dos factores de suma importancia en este proceso de transformación.

Como bien apunta Cobb, “Abbott ha ofrecido una distinción clara entre ‘historia’ y ‘narrativa’, sugiriendo que la primera se refiere a una secuencia de acontecimientos; y la segunda se refiere a la forma en que se cuenta la historia”, y “los acontecimientos se contextualizan y se presentan como un todo coherente, para hacer un punto. A falta de este contexto, esta coherencia o este punto, la historia no sube al nivel de la narrativa. Aunque coloquialmente usemos estas dos palabras de manera intercambiable, es la narrativa, no la historia, que constituye el umbral para la humanidad, para el ser humano”¹⁷³.

Cobb ha señalado la relevancia de las narrativas a nivel global, local, interpersonal e intrapersonal; “la narrativa no sólo es constitutiva de la psique humana, también es fundamental para la interacción en las familias, comunidades, organizaciones y naciones, así como en las relaciones internacionales”¹⁷⁴.

Y “el mundo social está organizado y estructurado sobre la base tanto de las narrativas vividas (*narratives lived*) como de las narrativas contadas (*narratives told*). Las narrativas vividas son aquellas que estructuran la naturaleza misma de la experiencia, a menudo sostenidas por el andamio que nos proporciona nuestra cultura; las narrativas contadas son aquellas que elaboramos con otros a lo largo de la vida”¹⁷⁵.

Además, el discurso ocupa un lugar relevante en el proceso de construir historias o crear sentido. Según Winslade y Monk, “el discurso es a la vez el proceso de conversación y la interacción entre las personas, y los productos de esa interacción”, que incluye “los supuestos dados por sentado que nos permiten conocer cómo seguir (conforme a Wittgenstein) en las situaciones sociales de todo tipo”¹⁷⁶. Como consecuencia, los discursos nos inducen a adoptar algunas perspectivas que otras.

Y las personas pueden ser influenciadas por una serie de discursos al mismo tiempo, como la metáfora ilustrativa ofrecida por Apple: escuchar el sonido de muchas estaciones de radio que se están reproduciendo a la vez¹⁷⁷.

Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, los discursos ponen a las

173 S. COBB, *Speaking of violence: the politics and poetics of narrative dynamics in conflict resolution*, Oxford University Press, Nueva York, 2013. pp. 22 y 27.

174 Vid. más con ejemplos concretos en: *Ibid.*

175 Vid. más en: *Ibid.* pp. 22-23.

176 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. 42.

177 M. W. APPLE, *Official knowledge: democratic education in a conservative age*, Routledge, New York, 1993. Cit. en: *Ibid.*

personas en posiciones y “legitiman algunas posiciones en relación con otras”; situado en estas posiciones uno siempre se siente con derecho a cierta cosa o conducta, así que “cuando una parte experimenta alguna discrepancia entre lo que él o ella cree que se merece (basado en una noción de *entitlement*) y los favores que él o ella realmente recibió, una fuerte respuesta negativa podrá ser producida”¹⁷⁸.

Por ejemplo, el discurso patriarcal, que en muchas culturas es dominante. En China hay un refrán que dice: *el hombre sale a trabajar mientras que la mujer se ocupa de la casa*. Este discurso podrá invitar al marido a la posición del proveedor financiero y a la mujer en la posición de cuidadora de los niños y la familia. Pues así el marido podrá sentirse con derecho a estar atendido por la mujer y la mujer, a recibir dinero del marido. En la circunstancia de que el marido no esté atendido por su mujer o la mujer no reciba dinero desde su marido, probablemente sucederá un conflicto familiar.

En este sentido, según Winslade y Monk, “el conflicto se puede entender como un choque de *entitlements* que se produce entre los individuos o grupos de manera abierta o encubierta diariamente”; y “por lo tanto, el proceso de mediación se puede considerar como abordar el concurso sobre las diferentes nociones de *entitlements* y no como un proceso que intenta satisfacer las necesidades de la gente”¹⁷⁹.

Como bien señalan Winslade y Monk, en una sociedad o cultura existen discursos dominantes y discursos alternativos. Los discursos dominantes ejercen una influencia mayor sobre las personas, referidos a los supuestos preexistentes y generalmente aceptados en una sociedad, que suelen aparecer como los hechos. En los mayores casos, la gente los toma directamente sin darse cuenta pensando que es la manera única o verdadera¹⁸⁰.

Hay discursos dominantes, por un lado, así que tiene que haber discursos alternativos, por el otro lado, a pesar de que se pueden expresar en formas muy pequeñas, como la frase de Mao: “donde hay opresión hay resistencia”¹⁸¹. Por ejemplo, contemporáneamente, muchas mujeres también salen a trabajar y sus maridos toman las responsabilidades de cuidar a los hijos y a la

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 96.

¹⁸⁰ Vid. más en: *Ibid.* pp. 58-61.

¹⁸¹ 毛泽东, “从历史来看亚非拉人民斗争的前途 (一九六四年七月九日)”, 毛泽东文集 (第8卷), 人民出版社, 1999. (ZEDONG MAO, “El futuro de la lucha de los pueblos de Asia y África desde un punto de vista histórico (9 de julio de 1964)”, en *Obras de Mao Zedong* (vol. 8), Editorial del Pueblo, 1999.)

familia. Este patrón de interacción se basa en un discurso alternativo, por ejemplo, un discurso feminista.¹⁸²

3.4.3. La resolución del conflicto en el modelo narrativo de mediación

Este modelo narrativo considera que uno es competente a tomar las mejores decisiones para sí mismo, pero los discursos a menudo ciegan sus ojos y lo dejan pensar en opciones limitadas. Según Winslade y Monk, “las prescripciones limitadas culturales y sociales restringen la capacidad de las personas a ver las opciones disponibles para ellas ... El yo está constituido por los mitos, tradiciones, creencias, suposiciones y valores de su cultura particular, todos desarrollados dentro del discurso”¹⁸³.

Como pone de manifiesto Cushman, “la cultura no es la ropa indígena que cubre al ser humano universal”; e “infunde a los individuos, fundamentalmente en la conformación y la formación de ellos y en cómo se conciben a sí mismos y al mundo, cómo ven a los demás, cómo se involucran en estructuras de obligación mutua y cómo toman decisiones en el mundo cotidiano”¹⁸⁴.

Además, el conflicto puede cerrar a uno las vistas aún más, centrándolas sólo en las cosas que apoyan la vida continua del conflicto. Winslade y Monk refieren a las descripciones del conflicto como las descripciones totalizadoras (*totalizing descriptions*), que “resumen una situación compleja en una descripción que pretende dar una visión total de la situación o de una persona en ella”¹⁸⁵. Estas descripciones totalizadoras siempre han sido ensayadas y elaboradas una y otra vez por las partes en conflicto sin dejar ningún espacio para otras descripciones.

Como consecuencia, el proceso de mediación consiste en, básicamente, ayudar a las partes a descubrir las influencias exteriores sobre ellas tanto de los discursos como del conflicto y abrirles las vistas a más opciones para que puedan realmente tener la oportunidad de elegir en lugar de aceptar pasivamente las decisiones dirigidas por el contexto.

Según Winslade y Monk, este proceso cuenta con tres fases: compromiso,

182 Vid. más en: J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. pp. 61-62.

183 *Ibid.* pp. 44-45.

184 P. CUSHMAN, “Why the Self is Empty: Toward a Historically Situated Psychology”, *American Psychologist*, vol. 45, 5, 1990. p. 601.

185 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative Counseling in Schools: Powerful & Brief*, Corwin Press, Thousand Oaks, California, 1999. Cit. en: J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. 5.

deconstrucción de la historia saturada del conflicto (*conflict-saturated story*) y construcción de la historia alternativa¹⁸⁶. Aquí, lo resumo aún más en dos etapas principales: el proceso de deconstrucción y el de construcción, deconstruyendo la historia saturada del conflicto con el fin de crear espacios abiertos y construyendo una nueva historia alternativa. Este modelo narrativo de mediación trabaja, sobre todo, en el nivel de las historias.

Además, Cobb ha desarrollado este modelo narrativo de producción de la historia mejor formada a través del conjunto de puntos de inflexión, incluyendo cuatro fases que son: primera sesión pública, sesión privada, segunda sesión pública y el acuerdo¹⁸⁷.

Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, debido a que los discursos y el conflicto suelen reducir nuestras perspectivas, siempre existen experiencias dejadas en la oscuridad simplemente dado que no encajan en o contradicen a la historia dominante, por ejemplo, las experiencias de cooperación, respeto, acuerdo, etc.¹⁸⁸ White y Epston (siguiendo a Goffman) han acuñado el término de acontecimientos extraordinarios (*unique outcomes*) para este material¹⁸⁹. Entonces, la tarea del mediador consiste en descubrir estos acontecimientos extraordinarios y darlos sentido para crear finalmente una historia coherente y alternativa.

Durante este proceso de abrir vistas, el mediador debe adoptar una actitud curiosa e ingenua, haciendo preguntas sobre las cosas obvias y ordinarias, como si fuera un niño. Winslade y Monk argumentan que la empatía sigue siendo importante, pero no suficiente, ya que “no consigue el espacio para pensar en cómo las cosas podrían ser de otra manera”; en este sentido, los mediadores necesitan valorar más la curiosidad; además, “la investigación curiosa a veces debe perseguirse de manera persistente simplemente debido a que los discursos siempre trabajan justamente bajo nuestras narices haciendo las cosas parecer la única manera en que puedan ser”¹⁹⁰.

Sin embargo, Cobb sospecha el uso de palabras intrapsíquicas como la curiosidad y la empatía para describir procesos discursivos, debido a que en primer lugar, “este lenguaje intrapsíquico no sólo es teóricamente confuso sino

186 *Ibid.*

187 Vid. más en: S. COBB, *Speaking of violence: the politics and poetics of narrative dynamics in conflict resolution*, cit. pp. 255-257.

188 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit.

189 M. WHITE, “The externalizing of the problem”, *Dulwich Centre Newsletter*, vol. special edition, 1989. Cit. en: *Ibid.*

190 *Ibid.* pp. 78 y 125.

también pobre o inapropiado para la evaluación de la práctica”; y en segundo lugar, “el lenguaje intrapsíquico es en sí mismo una pendiente resbaladiza dado que es un discurso que descarga, en el contexto de conversación, una cosmovisión en la que alguien tiene permiso para evaluar los estados internos de otros¹⁹¹.

Además, el mediador debe utilizar conversaciones de externalización (*externalizing conversations*), desarrolladas por White y Epston, que “es uno de los métodos más poderosos que los practicantes narrativos pueden utilizar con el fin de ayudar a las partes contendientes en desidentificarse con la historia del conflicto y en comenzar a desarrollar significados, entendimientos y soluciones en común”¹⁹².

Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, la externalización tiene su espíritu en el aforismo de White, “la persona no es el problema; el problema es el problema”. Desde una perspectiva narrativa, el conflicto no surge desde nuestro interior sino es producto del contexto, por eso ya no tiene sentido para uno echando la culpa al otro o sintiéndose culpable. Pues el mediador “habla del conflicto como si fuera un objeto o persona externa que ejerce una influencia sobre las partes”, así consigue separar a las personas del conflicto. Libres de los sentimientos pasivos, uno será más capaz de ver claramente qué influencias viciosas los discursos y el conflicto hicieron sobre él o ella y qué más opciones tiene, y de tomar una postura cooperativa para hacer frente al problema lado a lado¹⁹³.

Para terminar esta parte, querría destacar unos factors que suelen ser desatendidos en los modelos de mediación basándose en la resolución de conflictos, pero en este modelo narrativo de mediación cuentan con gran importancia.

En primer lugar, el pasado y las emociones. Los modelos de mediación basándose en la resolución de conflictos principalmente se concentran en el presente y los asuntos tangibles, pero en el modelo narrativo de mediación son factores relevantes dado que son generalmente donde los acontecimientos extraordinarios podrán emerger¹⁹⁴.

En segundo lugar, la relación. Como bien apuntan Winslade y Monk, en

191 S. COBB, *Speaking of violence: the politics and poetics of narrative dynamics in conflict resolution*, cit. p. 254.

192 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. pp. 6, 143-147.

193 *Ibid.*

194 Vid. más en: *Ibid.*

este modelo narrativo, sólo en el momento de que los problemas relacionales se hayan abordado adecuadamente, el mediador entrará en la fase de resolución de problemas con las partes, debido a que “en la mayoría de los casos, concentrándose en el dominio interpersonal ofrece resultados eficaces”, que “acorta de manera considerable la fase de negociación de mediación, ya que compromete a las personas en la negociación desde un lugar de mayor voluntad”, incluso en las circunstancias de una transacción pura comercial o cuando las partes no vayan a tener ninguna asociación más¹⁹⁵.

En este sentido, los acuerdos alcanzados aquí no suponen el resultado final de la mediación sino sólo una parte o un logro del proceso, que son “oportunidades para desarrollar aún más la narrativa que se ha avanzado en la mediación”¹⁹⁶.

En tercer lugar, los valores. En los modelos de mediación basándose en la resolución de conflictos, los mediadores suelen adoptar una actitud evitativa en cuanto a los valores, intentando excluir este tipo de cuestiones, debido a que consideran que los valores son relacionados estrechamente a las identidades de las personas y así son difíciles de trabajar.

Esta visión también se basa en las ideas individualistas, que “subrayan el individuo como una identidad estable, unitaria, independiente, de automotivación y de autorregulación”¹⁹⁷. Como ponen de manifiesto Winslade y Monk, “la posición modernista tiende a enfatizar la primacía de la mente racional sobre el cuerpo y las emociones, y su capacidad de integrar las experiencias con el fin de tomar una posición singular y no contradictoria”; en comparación, “las teorías postmodernas sobre el yo, por el contrario, hacen hincapié en la importancia del sujeto múltiplemente posicionado. Las vidas humanas son complejas y se componen de identificaciones múltiples y posiciones subjetivas tiene más sentido pensar en ellas como en las identidades múltiples”¹⁹⁸.

Además, desde la perspectiva narrativa, “en cada interacción el individuo tiene la oportunidad de recrear o reconstruir a sí mismo de nuevo”¹⁹⁹. En este sentido, la identidad es múltiple, menos estable y más flexible. Escoffier se refiere a la experiencia normal de vivir en las fronteras de diferentes comunida-

195 *Ibid.* p. 90.

196 *Ibid.* p. 91.

197 *Ibid.* p. 44.

198 *Ibid.* p. 45.

199 *Ibid.*

des con diversos discursos, uno encuentra a sí mismo dentro de identidades e intereses superpuestos o identidades fronterizas²⁰⁰.

Como bien apuntan Winslade y Monk, “la mediación narrativa busca capitalizar estos solapamientos. El mediador se esfuerza por dar a luz las descripciones superpuestas de la disputa (en lugar de conformarse en una cuenta singular y coherente) con el fin de crear espacio para nuevos significados a emerger. Cada significado nuevo ofrece una oportunidad para los participantes a reposicionarse en un discurso alternativo”²⁰¹.

En resumen, “desde la perspectiva narrativa, esta complejidad es un aliado en lugar de un enemigo en el proceso de mediación”; y “hay más que ganar de la celebración de la naturaleza compleja y contradictoria de la vida que de la celebración de la coherencia y la singularidad”²⁰².

3.4.4. Problemas éticos del mediador que sigue este modelo narrativo de mediación

En los modelos de mediación basándose en la resolución del conflicto la neutralidad del mediador es ampliamente aceptada y altamente valorada. Como bien señala Cobb, “la neutralidad se entiende como un atributo mental (imparcialidad) o un atributo relacional (equidistancia)”²⁰³; el mediador sólo facilita el proceso sin influir nada en el contenido, creyendo la posibilidad de separar completamente el proceso del contenido, así mantiene su estatus neutral²⁰⁴.

No obstante, el modelo narrativo de mediación pone en cuestión este principio de neutralidad. Rifkin, Millen y Cobb han descrito la neutralidad como un concepto folklórico en la mediación, que conduce a problemas empíricos y teóricos para los mediadores²⁰⁵.

Además, Winslade y Monk proponen que “la separación del proceso y el contenido no es tan simple como puede hacerse sonar. Las cuestiones relati-

200 J. ESCOFFIER, “The limits of multiculturalism”, *Socialist Review*, vol. 21, 3, 4, 1991. Cit. en: *Ibid.* p.46.

201 *Ibid.* p. 46.

202 *Ibid.* p. 47.

203 Moore ha hecho una distinción entre la neutralidad y la imparcialidad. Vid. en C. W. MOORE, *The Mediation Process*, cit.

204 S. COBB, “Empowerment and Mediation”, cit. pp. 248-249.

205 Vid. más en: J. RIFKIN; J. MILLEN; S. COBB, “Toward a new discourse for mediation: A critique of neutrality”, *Mediation Quarterly*, vol. 9, 2, 1991.

vas al proceso dan forma al contenido que puede surgir, y cualquier proceso privilegiará algunos problemas de contenido sobre otros. En la práctica, las cuestiones sobre la relación, el proceso y los problemas son todas entretejidas en la tela de la mediación”²⁰⁶.

Desde la perspectiva narrativa, el contexto limita las vistas tanto de las partes en disputa como del mediador. Según Winslade y Monk, “tiene mucho más sentido ver a los mediadores como improbables de ser capaces de permanecer fuera del tiempo y del espacio y de sus propios valores situados culturalmente e históricamente. Al responder a las historias de la gente, los mediadores son propensos a seleccionar con énfasis algunas perspectivas sobre otras, o a sintonizarse a algunas personas más que a otras”²⁰⁷.

Como consecuencia, cuando el mediador entre en una mediación, incorporará su propio contexto en este proceso. Es imposible mantener una postura neutral, y su influencia no puede ser eliminada de ninguna manera, generando así varias cuestiones éticas para el propio mediador.

Tomamos el tema del poder como ejemplo. Como pone de manifiesto Cobb, los mediadores “entienden el poder en el sentido de Weber como la capacidad de un actor para imponer su voluntad sobre otros”, lo que no es empírico, debido a que “acecha invisible en los corazones y las mentes de los contendientes como un atributo de los individuos. Este es el caso dado que la voluntad humana es un concepto intrapsíquico que debe deducirse de la acción, y afectará a la acción, sea consciente o inconscientemente. Este hecho exige a los mediadores, con el fin de identificar el poder, a inferir la intención consciente o inconsciente de la acción”, que “además de ser difícil, va en contra de la misma retórica que el equilibrio del poder sirve”²⁰⁸.

Además, “tradicionalmente, el poder es considerado como una mercancía o propiedad que puede ser poseído en cantidades finitas que se distribuyen (de manera desigual) entre las personas. Este punto de vista está relacionado con un análisis estructural de las jerarquías sociales”²⁰⁹.

Sin embargo, como ponen de manifiesto Winslade y Monk, desde la perspectiva narrativa, “el poder opera en y por el discurso: los discursos ofrecen a las personas posiciones de mayor o menor derecho”, que, generalmente, los discursos dominantes ofrecen posiciones de mayor derecho y los discursos

206 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. 15.

207 *Ibid.* p. 36.

208 S. COBB, “Empowerment and Mediation”, cit. p. 247.

209 J. WINSLADE; G. MONK, *Narrative mediation*, cit. p. 49.

alternativos ofrecen posiciones de menor derecho; y “dentro de los discursos particulares, algunas posiciones se vuelven más legítimas o más visibles, y otras son subyugadas”. Debido a que los discursos son cambiantes e inestables todo el tiempo, el poder es “más un fenómeno relacional que una mercancía o cantidad poseída por un individuo. Nunca se localiza aquí o allá, nunca en las manos de nadie, nunca apropiado como una pieza de riqueza”²¹⁰.

Por lo tanto, “los discursos generales de relaciones profesionales posicionan a la gente en un lugar de confianza con respecto a los profesionales”, lo que coloca al mediador en una posición de ventaja y poder²¹¹. Ahora ya no son cuestiones técnicas que estamos hablando, sino serios problemas éticos para los mediadores, que no pueden ser evitados o eliminados, por lo que deben prestar más atención y tratarlos con más prudencia.

3.5. La busca de un modelo ideal

A mi parecer, el modelo de Harvard nos ha ofrecido una nueva perspectiva de resolución del conflicto, basada en intereses y principios, renovando los métodos tradicionales de solución de diferencias que siempre tienen el carácter adversarial. El contenido del modelo de Harvard no es complicado y algunos puntos ya los practicamos a diario, no obstante, Fisher, Ury y Patton han reunido estos puntos y propuesto una metodología sistematizada e integral que resulta muy útil y empírica.

Este modelo responde principalmente a un modelo anglosajón. Como bien apunta Fajardo, detrás de su metodología y procedimiento reside el modelo egoísta (centrándose en los intereses propios) de la filosofía moral; en comparación, es el modelo altruista (centrándose en los intereses de los demás). El modelo egoísta es “utilitarista” y “consecuencialista”, en lo que “una decisión será o no correcta en función del resultado, más o menos bueno que traiga como consecuencia”²¹².

Por lo tanto, este modelo de Harvard puede parecer demasiado racional, objetivo e incluso implacable al abordar el tema de la relación para las personas de culturas orientales. Por ejemplo, sobre el primero de los cuatro puntos básicos, ¿es posible separar las personas completamente del problema?

Según la teoría de atribución de Allred y Heider que se ha explicado antes,

²¹⁰ *Ibid.* p. 50.

²¹¹ *Ibid.* p. 117.

²¹² P. FAJARDO, “Cooperar como estrategia: la filosofía de la cultura de paz”, cit.

nuestras experiencias históricas con la otra persona influyen en cómo explicamos las causas de una conducta y más adelante en cómo respondemos a ella. Cuanto mejor que sea la relación entre las partes, será más probable inclinarse a las atribuciones situacionales que las atribuciones disposicionales.

En mi opinión, la resolución de conflictos en algunos ámbitos, sobre todo, el comercial, sí se puede separar completamente las personas del problema en muchos casos. Sin embargo, cuando se trata de los ámbitos familiar, comunitario, matrimonial y otros que involucren una relación durable e intensa entre las partes, se convierte demasiado difícil lograrlo, e incluso en unos casos la persona es el conflicto.

En cuanto al modelo transformativo de la mediación, creo que concuerda, en mayor parte, con los pensamientos tradicionales chinos (el confucionismo). A primera vista, el confucionismo parece coincidir con la visión orgánica del mundo, debido a que comparten los valores como la armonía, el deber, el servicio, la participación en algo más grande que el yo, etc. Es verdad que normalmente los chinos pueden sacrificar sus propios intereses para una entidad colectiva, en general, la familia.

No obstante, si nos acordamos de que el núcleo del Confucionismo también reside en equilibrar, podríamos concluir que a Confucio le habría gustado la visión referencial del mundo. De hecho, la visión individual y la visión orgánica son dos puntos extremos, y la referencial se queda en la media integrando las dos visiones anteriores. Como se ha mencionado en el Capítulo I donde se trata del tema de la cultura china, Confucio destaca dos dimensiones de la vida: buscar la respuesta dentro de la persona misma y adorar la emoción en las relaciones con otros, lo que resulta muy coherente con la fuerza del yo y la compasión hacia los demás en la visión referencial del mundo.

Bush y Folger han explicado la relación entre la revalorización y el reconocimiento, considerando la revalorización como premisa indispensable del reconocimiento: “el reconocimiento debe basarse en la revalorización”. En concreto, “una parte debe sentir y experimentar su libertad de adoptar decisiones en diferentes direcciones”, así que “puede decidir si dará (o no dará) el paso de otorgar el reconocimiento. Hasta que se alcance el punto en que las partes están eligiendo conscientemente sus propios pasos, es improbable que haya reconocimiento, o que el mismo sea sincero o significativo”²¹³.

En comparación, Confucio afirma que estas dos dimensiones son como dos actitudes que uno adopta respecto al interior y al exterior, apareciendo

213 R. A. B. BUSH; J. P. FOLGER, *La promesa de mediación*, cit. pp. 146-147.

simultáneamente como las dos caras de una misma moneda, que son igualmente importantes. Sin embargo, en las sociedades feudales los emperadores usaban el Confucionismo para gobernar a la gente, destacando sólo las relaciones con otros y creando un sistema de jerarquía en que se establecían los patrones de comportamiento prescritos según el estatus de cada uno y el contexto social particular, pasando por alto intencionalmente la parte de la fuerza del individuo en las teorías confucionistas. Como consecuencia, puede ser una tarea más dura lograr la revalorización en la práctica de mediación en China, pero, en otro sentido, es justamente lo que puede ofrecer este mecanismo.

Además, el reconocimiento tampoco es un objetivo fácil de alcanzar. Bush y Folger han indicado que “la revalorización es un objetivo que puede alcanzarse en todos los casos; en cambio, el reconocimiento puede obtenerse sólo cuando las partes lo conciben por propia voluntad, ya sea como respuesta a los esfuerzos de un mediador o espontáneamente”²¹⁴. Observando el caso del propietario y la inquilina ofrecido por Bush y Folger en su libro²¹⁵, las partes lograron el reconocimiento en algún momento, y luego lo perdieron regresando a las perspectivas previas, lo que constituye una tarea trabajosa para los mediadores transformativos.

En actualidad, el modelo transformativo enfrenta a los mediadores con mayores requerimientos, exigiendo un mayor nivel de cualificación profesional. Bush y Folger han enumerado los escollos en la mediación transformativa: la pasividad del mediador; la exageración de la “presión positiva”; proteger demasiado o muy poco; concentrar la atención sólo en la revalorización o sólo en el reconocimiento; y perder de vista por completo la orientación transformativa²¹⁶. Como podemos notar, todos los escollos mencionados se relacionan con la conducta del mediador, que pueden constituir un reto para su práctica en China donde el nivel de cualidad de los mediadores está relativamente bajo.

Generalmente, la crítica sobre el modelo transformativo es poco realista, dudando en su eficacia. Bush y Folger defienden que realmente no cuesta más tiempo y recurso que los modelos basados en la resolución de conflictos²¹⁷. Creo que, en teoría, los procesos de este modelo sí son más complicados que

²¹⁴ *Ibid.* p. 148.

²¹⁵ *Ibid.* pp. 209-276.

²¹⁶ *Ibid.* pp. 305-329.

²¹⁷ *Ibid.*

los del modelo Harvard, pero se requieren más datos empíricos para probar su eficacia, factor muy importante para un país como China donde conviven una enorme cantidad de gente y relativamente el número de las disputas es formidable.

Teniendo en cuenta que el Confucionismo destaca la busca interior de respuestas, el modelo narrativo, en este sentido, me parece más innovador, dado que hace hincapié en las influencias relevantes ejercidas por el mundo exterior. Sin embargo, esto no significa que este modelo es totalmente contrario a la cultura china. En particular, ambos valoran más la relación.

Lo que más me llama la atención es que este modelo narrativo ha dado respuestas claras y convincentes a unas cuestiones ambiguas de la mediación que han sido debatidas por largo tiempo, por ejemplo, temas sobre el principio de neutralidad, separar la gente del problema, el empoderamiento²¹⁸, la función social, etc.

En la práctica, como ya analizamos, los mediadores usando este modelo se enfrentan con más problemas éticos en el proceso, lo que les exige tomar más cuidado y prudencia. Por lo tanto, podrá ser una misión bastante difícil para preparar a los mediadores chinos, tanto desde el aspecto teórico como desde el práctico.

En conclusión, desde mi punto de vista, el modelo ideal de mediación debe adaptarse a las necesidades, y surge de equilibrar entre diversos modelos, partiendo de una perspectiva bastante confucionista. Ninguno de ellos es en sí mismo completo y perfecto, por eso en la práctica los mediadores suelen utilizar diferentes estrategias y estilos de mediación según las particularidades de cada caso.

La mediación primero debe tener el objetivo de la resolución eficaz de conflictos, y su eficacia reside en su adecuación al caso, por eso la resolución no se limita a un acuerdo sino depende de las particularidades de cada caso. Además, con este medio se puede promover algunos valores que una sociedad aprecia como la armonía, la paz, la relación y otros, diferentes a los valores creados por la litigación y el arbitraje que inevitablemente ponen a las partes en posiciones adversariales, de esta manera sirviéndose de un instrumento de educación al público, que es una función que únicamente la mediación puede ejercer.

En el proceso de la mediación se puede abordar los asuntos tangibles, los intereses, las necesidades, la relación, las emociones, etc., según las volunta-

218 Vid. más en: S. COBB, "Empowerment and Mediation", cit.

des propias de las partes, poniendo en pleno juego la flexibilidad, la adecuación al caso, la voluntariedad de la mediación.

Como bien señala Moore, encerrarse rígidamente en algún modelo no ha sido productivo, debido a que “ignora la diversidad de modelos exitosos para la práctica, la variedad de disputas, las capacidades específicas de las partes, las necesidades y metas expresadas de los disputantes y la diversidad de contextos culturales en los que intervienen. Un enfoque más productivo sería explorar la situación específica y adaptar el proceso para satisfacer las necesidades de las partes”.

Por lo tanto, “lo que se caracteriza como buena práctica y lo que se necesita del mediador efectivo es la capacidad de ser un ‘practicante reflexivo’, que puede combinar las teorías de mediación y los aprendizajes de otros con sus propias experiencias pasadas en la resolución de disputas, de manera que se puedan desarrollar enfoques e intervenciones específicas para la situación que ayuden a las partes a establecer y construir relaciones respetuosas y confiadas, y resolver los problemas que las dividen”²¹⁹.

Y como bien apunta Riskin, un mediador ideal para cualquier caso particular “sería suficientemente flexible para emplear orientaciones, estrategias y técnicas más adecuadas cuando las necesidades de los participantes se presenten”²²⁰.

Soleto Muñoz también señala que “en general, la mediación facilitativa es considerada la ideal por gran parte de los mediadores, sin embargo, hay que tener en cuenta que la mediación ideal es la mediación más adecuada para el caso y las partes ... Existen muchas formas de hacer mediación, y dentro del marco jurídico en el que se desarrolle, se deberá practicar de la forma más adecuada”; y los mediadores “deberían asimilar la mayoría de estrategias y técnicas posibles, reflexionar sobre la riqueza de los posibles abordajes y configurar con la práctica su propio modelo de mediación, adaptado a la variabilidad de las necesidades de los casos”²²¹.

No podría estar más de acuerdo con ellos. Por último, cabe indicar otra cosa extremadamente importante. Como pone de manifiesto Soleto Muñoz, “ha de tenerse en cuenta que es un error muy habitual entre mediadores

219 C. W. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, cit. p. 56.

220 L. L. RISKIN, “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed”, cit. pp. 40-41.

221 H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

adoptar una visión superficial sobre los estilos de mediación facilitativa o evaluativa, considerando ‘prohibidas’ o no deseadas las intervenciones del mediador que sugieran, propongan o coerzan a las partes a asumir una idea o acuerdo, pero que sin embargo en su práctica adoptan una estrategia de abordaje y comunicación que llevan a las partes a asumir esa idea o acuerdo que ya estaba en la mente del mediador como la más adecuada²²² ... es desleal con todos ‘hacer trampa al solitario’. El mediador debe ser consciente de sus inclinaciones y evaluar su actuación, y ofrecer un servicio adecuado y honesto, que pasará por ser facilitativo o más o menos evaluativo dependiendo de las circunstancias, pero sin necesidad de ser ‘camuflado’ como facilitativo”²²³.

²²² En este sentido, es muy ilustrativo el estudio de Butts, que revela en muchas ocasiones el estilo descrito para sí mismo por el mediador no se corresponde con el que desarrolla en la práctica. Vid. en: T. BUTTS, “Measuring mediator attitudes toward mediation: Developing the attitudes toward mediation scale”, 2010, Universidad Rutgers, Nueva Jersey.

²²³ H. SOLETO MUÑOZ; M. FANDIÑO, *Manual de mediación civil*, cit.

CONCLUSIONES: MEDIACIÓN EN CHINA VS MEDIACIÓN EN OCCIDENTE

Hasta este punto ya contamos con un panorama básico relativo al instrumento de mediación tanto en China como en el mundo occidental. En este último capítulo, intento desarrollar un análisis comparativo demostrando varias diferencias entre los dos sistemas de mediación y sus posibles ventajas y desventajas. Y finalmente, me interesan las aportaciones que la mediación en Occidente puede ofrecer a la mediación en China.

1. Diferencias entre la mediación en Occidente y la mediación en China

En China, la mediación nació y se institucionalizó en las épocas muy lejanas debido a que resultaba muy ligada con los núcleos de la cultura tradicional china, y seguía siendo un instrumento importante utilizado para resolver las disputas y conseguir ciertos objetivos sociales. Por lo tanto, se destacaba su función social, sobreponiendo la armonía o la relación a la satisfacción de los intereses.

De hecho, la mediación completó bastante bien su misión histórica. En la sociedad agricultora, logró proteger a los campesinos de la explotación de los ricos y mantener las actividades productivas; y posteriormente durante las épocas en guerra consiguió ahorrar recursos para poner fin a las guerras y mantener orden cuando el sistema de Justicia era disfuncional.

Se puede apuntar que en la historia china la mediación realmente consistía en un método alternativo de solución de disputas, que en cierta medida había dejado de lado a la litigación. En China, los procesos judiciales y la mediación eran dos cosas independientes o incluso sustituibles una a la otra, si bien sí existían ciertos vínculos entre los dos mecanismos.

En comparación, la mediación también nació muy temprano en las culturas occidentales pero no había sido utilizada e institucionalizada ampliamente hasta los años setenta del siglo pasado, debido en parte a que el modelo adversarial de resolución de conflictos como la litigación era más coherente y apreciado en las culturas tradicionales de Occidente.

La mediación moderna en Occidente apareció haciendo frente a la crisis del sistema tradicional de Justicia, con objetos de “aportar calidad al sistema de Justicia (ayudando a la celeridad y descongestión de los sistemas); mejo-

rar el acceso a la Justicia de la población; y favorecer la cultura de paz y la no violencia”. En principio se destaca su función de resolución de conflictos, a pesar de que últimamente se han considerado más potenciales en otras funciones que puede aportar la mediación. En las culturas occidentales, la mediación normalmente supone un mecanismo alternativo o complementario o integrativo del sistema oficial de Justicia.

Además, cabe indicar otra diferencia: en China, la mediación se desarrolla dependiendo en gran medida del enorme apoyo por parte del Estado, recibiendo soportes financiero, institucional, humano, técnico, etc., como si fuera un panda domesticado. En comparación, la mediación de Occidente es como un panda en el parque natural, que sigue creciendo dentro del contexto jurídico debido, en gran parte, a los esfuerzos hechos por los propios profesionales de la Justicia, luchando por convertirse en una profesión independiente que pueda sobrevivir en el mercado.

2. Ventajas y desventajas de los dos sistemas de mediación

Aquí me refiero a las ventajas y desventajas para el buen desarrollo de la mediación, y cabe señalar que un mismo punto puede ser fuerte para un sistema y al mismo tiempo débil para el otro.

En primer lugar, como se ha explicado en el Capítulo I, la cultura tradicional china, que valora más la armonía, posee una ventaja congénita para la generación y el desarrollo de la mediación dado que la gente naturalmente se inclina más a los métodos amigables de solución de conflictos que a los métodos adversariales. Por otra parte, en los países occidentales podría ser un obstáculo para el desarrollo de la mediación el hecho de que se produzca un choque con las ideas tradicionales culturales que defienden el proceso judicial como mecanismo de resolución de conflictos.

En segundo lugar, dado que la mediación en China cuenta con el apoyo del gobierno, se logra establecer un sistema integral de mediación popular en casi todo el territorio chino y se enfrenta con menos dificultades en algunos aspectos importantes para su desarrollo tales como financiación o acceso gratuito, que acaba siendo uno de los problemas principales para el desarrollo de la mediación en el mundo occidental.

No obstante, este soporte del gobierno también ha dado lugar a diversos inconvenientes en el desarrollo de la mediación. Sobre todo, el sistema carece de eficiencia, competencia y competitividad debido a que depende demasiado

del soporte gubernamental; así, los mediadores son de baja calidad y encuentran pocos estímulos para mejorar sus cualidades profesionales, todavía utilizando estrategias y técnicas tradicionales en la mediación que son bastante atrasadas y unitarias. Así, por ejemplo, el uso de las fuentes de la moralidad y el desconocimiento de las técnicas estructuradas que son consideradas herramientas básicas por la cultura occidental.

Además, la mayoría de los profesionales jurídicos no muestran interés o no consideran su responsabilidad respecto a la mejora del mecanismo de mediación, por lo tanto en el mundo académico chino sólo existen unas pocas investigaciones sobre este relevante tema, lo que resulta fatal para el desarrollo de la mediación moderna.

Finalmente, el gobierno promueve con tanto esfuerzo el sistema de mediación popular que podrá impedir, en cierto grado, la creación y el desarrollo de diversas instituciones de mediación no gubernamentales, y un sistema diversificado de gestión de disputas.

3. Aportaciones de la mediación en Occidente a la mediación en China

En los tiempos contemporáneos, con el importante desarrollo del país a partir de su economía, China se sitúa en una etapa de transformación en que se suceden un gran número de conflictos nuevos junto con antiguos sin resolver, los cuales se hacen cada día más agudizados, enfrentando al sistema tradicional de resolución de disputas con mayor presión y retos.

Bajo tales circunstancias, el gobierno chino ha pretendido poner mucho énfasis en la armonía, el valor más alto de la cultura tradicional china, y en establecer un sistema diversificado de gestión de disputas. Así, en la actualidad la mediación recibe otra vez la atención del gobierno y se abre paso a su posible renacimiento.

Sin embargo, la mediación tradicional china ya no es capaz de afrontar los nuevos tipos de disputas recién aparecidas, aunque cuenta con algunos atributos históricos interesantes. Como consecuencia, si esperamos un renacimiento de la mediación, la primera misión que debemos cumplir consiste en llevar a cabo cambios fundamentales y reformas radicales en el sistema chino de mediación.

Cabe indicar que no me refiero a abandonar completamente el modelo tradicional chino de mediación, lo que en efecto tiene algunas virtudes (tales como valora más la relación y la emoción, es más coherente con la cultura

china, altamente institucionalizado, etc.) y podrá ser oportuno para arreglar ciertos tipos de conflictos. Como se ha analizado antes, el estilo ideal de mediación consiste en el más adecuado al caso. Por lo tanto, lo que propongo es solucionar los problemas existentes en el sistema actual de mediación e introducir los conocimientos avanzados de Occidente sobre la mediación moderna para que los mediadores chinos puedan disponer de más bagajes frente a los conflictos nuevos y más complejos en el mundo contemporáneo.

Los problemas principales que existen en el sistema actual de mediación son los hechos patente por la historia, que han persistido por mucho tiempo ya. Precisamente esta permanencia en el tiempo supone una gran dificultad para el cambio, por lo que será una tarea trabajosa durante un período largo de transformación. Esta transformación podría no ser tan lenta si hablamos de una reforma dirigida por el gobierno desde arriba hacia abajo.

Mis propuestas para la reforma moderna de mediación en China, que sin duda alguna no son exhaustivas, no obstante, afectando a las áreas que considero de mayor importancia y urgentes de renovar, serían las siguientes:

3.1. “Poner en libertad al panda en su hábitat natural”

Según mi punto de vista, lo primero que hay que hacer reside en poner en libertad el sistema de mediación en el mercado, teniendo objetivos de que la mediación deje de depender en gran medida del apoyo del Estado y se convierta en una profesión independiente, lo que es extremadamente relevante para su desarrollo sostenible. Para conseguir esta meta, considero necesarios esfuerzos al menos en dos aspectos:

Por un lado, aclarar la naturaleza y la posición de mediación. Percibimos que históricamente la mediación se encargaba de responsabilidades y funciones más allá de la resolución de disputas, y consideramos que es oportuno descargarla, teniendo en cuenta que, en principio, sólo debería ser un medio de resolución de diferencias.

Por lo tanto, deben separarse claramente tres ámbitos: la mediación civil, la mediación administrativa y la mediación intrajudicial.

Esta división parece establecerse ya en la *Ley de 2010*, que se centra en la mediación popular con una naturaleza civil y autónoma. A pesar de que los órganos judiciales y administrativos del Estado siguen ofreciendo los soportes necesarios, no suponiendo, en absoluto, una relación de subordinación.

Por otro lado, mejorar la competencia de la mediación para que pueda

sobrevivir dependiendo de sí misma, promoviendo la profesionalización de los mediadores y mejorando las aportaciones indispensables del ámbito académico y de los profesionales jurídicos.

Como antes se ha mencionado, en China el nivel de la calidad cultural y profesional de los mediadores está bastante bajo. Para cambiar esta situación, hay que garantizar la formación de los mediadores, tanto la inicial como la continua, y establecer para ellos un sistema eficaz de evaluación periódica y un código ético de conducta. Además, los profesionales de la Justicia deben asumir su enorme responsabilidad de promover y desarrollar este mecanismo de resolución de conflictos.

3.2. Mediación popular como una entrada a la Justicia

Básicamente, estoy de acuerdo con la propuesta de Fan de tratar de manera separada la mediación popular y la mediación profesional desarrollando la mediación profesional basándose en la popular.

Teniendo en cuenta de que la mediación popular a nivel básico normalmente maneja los conflictos de ámbitos familiar, vecinal, comunitario, etc. y la mediación profesional de alto nivel gestiona las disputas especializadas como las sucedidas en comercios, podemos tratarlas de manera distinta en algunos aspectos como los honorarios, la formación del mediador, los procedimientos, y otros.

Además, según mi punto de vista, dado que las instituciones de mediación popular se extienden a casi todos los lugares del país y existe accesibilidad para todas las personas, servirán perfectamente de una entrada del filtrado que propone Sander en su hipótesis del tribunal multipuertas, pudiendo averiguar las disputas antes de que se agudicen y canalizarlas al procedimiento o secuencia de procedimientos más adecuados para su resolución.

Para ser competente para este papel, los mediadores populares deben estar familiarizados con las características de cada uno de diversos mecanismos de solución de controversias. Asimismo, hay que mejorar los vínculos funcionales, sean oficiales o no oficiales, entre la mediación popular y el sistema oficial de Justicia.

Aparte del sistema de mediación popular, es de igual importancia proteger y desarrollar diversas instituciones no estatales de mediación.

3.3. Mejorar la protección jurídica

Han de ser bien conscientes de la relación entre la mediación y los procesos judiciales que de ninguna manera son opuestos, de hecho, la mediación siempre se lleva a cabo “a la sombra del derecho”.

Así que deben seguir fortaleciendo la construcción jurídica, especialmente en garantizar el reconocimiento jurídico del acuerdo de mediación y su ejecución, mientras que no perjudican la voluntariedad, la flexibilidad y la adaptabilidad de este procedimiento informal.

En cuanto a la regulación jurídica de mediación, observamos que coexisten una gran cantidad de normativas que son diferentes una a otra e incluso se contradicen en algunas ocasiones, faltando una regulación sistemática e integral relativa a esta materia. La *Ley de 2010*, para cumplir esta función, parece demasiado simple y cruda.

3.4. Renovar la cabeza

Por último, si bien no menos importante, pienso que los cambios comienzan en las mentes de la gente, por lo tanto hay que renovar las perspectivas y pensamientos acerca de la mediación de los individuos en todos los campos tales como operadores de Justicia, juristas, ciudadanos, etc.

En la actual China, la percepción que la gente tiene sobre la mediación es, en muchos casos, negativa, particularmente para las generaciones más jóvenes, debido mayoritariamente a que ellos sólo conocen la mediación en su forma más antigua pero casi saben nada sobre la mediación moderna, incluso es el caso de algunos legisladores que ya observamos en el proceso legislativo de la *Ley de 2010*. En cierto sentido, resulta más difícil cambiar sus perspectivas originales que abrirles ojos a nuevas.

Como consecuencia, es de mucha urgencia introducir y divulgar los conocimientos avanzados (de Occidente) acerca de las teorías modernas de mediación, resultando indispensables las aportaciones por parte del ámbito jurídico, tanto los académicos como los profesionales. Sobre todo, en las Universidades hay que estimular diversos tipos de investigaciones sobre la materia de mediación. Espero que este libro también pueda contribuir algo para esta finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLRED, K. G., "Anger and retaliation in conflict: The role of attribution", en M. DEUTSCH, P. T. COLEMAN (eds.) *The handbook of conflict resolution: theory and practice*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., "La dinámica del conflicto", en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflicto: «Alternative dispute resolution» (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BRETT, J. M.; ADAIR, W.; LEMPEREUR, A.; OKUMURA, T.; SHIKHIREV, P.; TINSLEY, C.; Y OTROS, "Culture and Joint Gains in Negotiation", *Negotiation Journal*, vol. 14, nº 1, 1998.
- BRUNER, E., "Ethnography as narrative", en V. TURNER, E. BRUNER (eds.) *The anthropology of experience*, University of Illinois Press, Chicago, 1986.
- BURGER, W. E., "Agenda for 2000 A.D. - Need for Systematic Anticipation", *Judges' Journal*, vol. 15, nº 2-3, 1976.
- BURGER, W. E., "Isn't There a Better Way", *American Bar Association Journal*, vol. 68, 1982.
- BURR, V., *An Introduction to Social Constructionism*, Routledge, London, 1995.
- BUSH, R. A. B.; FOLGER, J. P., *La promesa de mediación*, Ediciones Granica S.A., 1996.
- BUTTS, T., "Measuring mediator attitudes toward mediation: Developing the attitudes toward mediation scale", 2010, Universidad Rutgers, Nueva Jersey.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1962.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.
- CARRETERO MORALES, E., "La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación.", en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- COBB, S., "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective", *Negotiation Journal*, vol. 9, nº 3, 1993.
- COBB, S., *Speaking of violence: the politics and poetics of narrative dynamics in conflict resolution*, Oxford University Press, Nueva York, 2013.
- COHEN, J., "Chinese Mediation on the Eve of Modernization", *California Law Review*, vol. 54, nº 3, 1966.

- COLE, S. R.; BLANKLEY, K. M., "Arbitration", en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- CUSHMAN, P., "Why the Self is Empty: Toward a Historically Situated Psychology", *American Psychologist*, vol. 45, n° 5, 1990.
- DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMATA, M., "La conexión entre la mediación civil y mercantil y el proceso judicial", en X. ABEL LLUCH (Coord.) *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, J. Bosch, Barcelona, 2014.
- DEUTSCH, M., "Cooperation and competition", en M. Deutsch, P. T. Coleman (eds.) *The handbook of conflict resolution: theory and practice*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000.
- EMERSON, R. M., "Power-Dependence Relations", *American Sociological Review*, vol. 27, n° 1, 1962.
- FAJARDO, P., "Cooperar como estrategia: la filosofía de la cultura de paz", en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- FAJARDO, P., *Cooperar como estrategia: mediación de conflictos empresariales*, primera edición, Aranzadi, Navarra, 2016.
- FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B., *Obtenga el Sí: El Arte De Negociar Sin Ceder*, Tra edition, Planeta Publishing, 2008.
- FOLLETT, M. P., "Constructive conflict", en P. GRAHAM (ed.) *Mary Parker Follett-Prophet of Management: A Celebration of Writings from the 1920s*, Harvard Business School Press, Boston, 1996.
- FOUCAULT, M., *The archaeology of knowledge*, Blackwell, Oxford, England, 1972.
- FULLER, L. L., "Mediation: Its Forms and Functions", *Southern California Law Review*, vol. 44, 1970.
- GARCÍA MÁRQUEZ, G., *Vivir para contarla*, sexta edición, Debolsillo, 2014.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., "La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?", en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (Dir.) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I: Mediación, Reus, Madrid, 2010.
- GARTH, B. G.; CAPPELLETTI, M., "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective", *Buffalo Law Review*, vol. 27, n° 2, 1978.
- GERGEN, K. J., *The saturated self: dilemmas of identity in contemporary life*, Basic Books, New York, 1991.

- GILLIGAN, C., "Adolescent development reconsidered", en C. GILLIGAN, J. V. WARD, J. MCLEAN TAYLOR (eds.) *Mapping the Moral Domain: A Contribution of Women's Thinking to Psychological Theory and Education*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1988.
- GILLIGAN, C., *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1982.
- GIMÉNEZ ROMERO, C., "Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural", *Migraciones*, nº 10, 2001.
- GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos del derecho procesal*, primera edición, Civitas, Madrid, 1981.
- HALEGUA, A., "Reforming the People's Mediation System in Urban China", *Hong Kong Law Journal*, vol. 35: 715, 2005.
- HARVEY, D., *The Condition of postmodernity*, Blackwell, Oxford, England, 1989.
- HEIDER, F., *The psychology of interpersonal relations*, John Wiley & Sons Inc, Hoboken, NJ, US, 1958.
- HOFSTEDE, G., *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations*, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2001.
- HOFSTEDE, G., "Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context", *Online Readings in Psychology and Culture*, vol. 2, nº 1, 2011, disponible en: <http://dx.doi.org/10.9707/2307-0919.1014>.
- HOFSTEDE, G.; HOFSTEDE, G. J.; MINKOV, M., *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, Third Edition, McGraw-Hill, New York, 2010.
- INKELES, A.; LEVINSON, D. J., National character: the study of modal personality and sociocultural systems, en G. LINDZEY, E. ARONSON (eds.) *The Handbook of Social Psychology IV*, McGraw-Hill, New York, 1969.
- JERNIGAN, T. R., *China in law and commerce*, Kirtas Technologies, New York, 2016.
- KOROBKIN, R., "The role of law in settlement", en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- KOVACH, K. K., "Mediation", en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- LOVE, L. P., "Images of Justice", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 1, nº 1, 2000.
- LUBAN, D., "Some Greek Trials: Order and Justice in Homer, Hediod, Aeschylus and Plato", *Tennessee Law Review*, vol. 54, 1987.

- MASLOW, A. H., *Motivation and personality*, Harper & Brothers, New York, 1954.
- MAYER, B., *The Dynamics of Conflict: A Guide to Engagement and Intervention*, second edition, John Wiley & Sons, 2012.
- MENKEL-MEADOW, C. J.; LOVE, L. P.; SCHNEIDER, A. K., *Mediation: Practice, Policy, and Ethics*, second edition, Aspen Publishers, New York, 2013.
- MENKEL-MEADOW, C. J., “Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- MNOOKIN, R. H.; KORNHAUSER, L., “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce Dispute Resolution”, *Yale Law Journal*, vol. 88, n° 5, 1979.
- MNOOKIN, R. H.; PEPPET, S. R.; TULUMELLO, A. S., *Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes*, Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- MOFFITT, M. L., “Disputes as opportunities to create value”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- MOFFITT, M. L.; BORDONE, R. C., “Perspectives on dispute resolution”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- MOORE, C. W., *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3rd ed., Jossey-Bass, San Francisco, 2003.
- MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. DE, “Democracia, preferencias y negociación”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n° 2, 1999.
- PATTON, B., “Negotiation”, en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- PERCAZ FOUR-POME, M. P., “El poder de la disculpa sincera”, *Revista de mediación*, n° 1, 2008.
- PINKER, S., *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, Reprint edition, Penguin Books, 2012.
- POUND, R., “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, *South Texas law review*, vol. 48, n° 4, 2007.
- REVILLA GONZÁLEZ, J. A., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre consumo*, n° 79, 2006.

- RIFKIN, J.; MILLEN, J.; COBB, S., "Toward a new discourse for mediation: A critique of neutrality", *Mediation Quarterly*, vol. 9, n° 2, 1991.
- RISKIN, L. L., "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System", *Notre Dame Law Review*, vol. 79, n° 1, 2003.
- RISKIN, L. L., "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1:7, Primavera 1996.
- SANDER, F. E. A.; ROZDEICZER, L., "Selecting an appropriate dispute resolution procedure: detailed analysis and simplified solution", en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- SANDER, F. E. A., "Varieties of dispute processing", en A. LEO LEVIN, R. R. WHEELER (eds.) *The Pound conference: perspectives on justice in the future*, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1979.
- SCHEIN, E. H., *The corporate culture survival guide*, Jossey-Bass, San Francisco, CA, 2009.
- SEUL, J. R., "Litigation as a dispute resolution alternative", en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- SHONHOLTZ, R., "A General Theory on Conflict and Disputes", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2003, n° 2.
- SOLETO MUÑOZ, H., *Documento conceptual: Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina en Justicia Comunitaria*, vol. 1, EUROsocial-COMJIB, 2013.
- SOLETO MUÑOZ, H., *El abogado colaborativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, H.; FANDIÑO, M., *Manual de mediación civil*, CEJA, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación conectada a los tribunales", en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación vinculada a los tribunales", en H. SOLETO MUÑOZ, M. OTERO PARGA (Coords.) *Mediación y resolución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.
- SOLETO MUÑOZ, H., "Negociación", en H. SOLETO MUÑOZ (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- SUARES, M., *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª ed., 6ª reimp, Paidós, Buenos Aires, 2008.

- THOMAS, K. W., "Conflict and conflict management: reflections and update", *Journal of Organizational Behavior*, vol. 13, 1992.
- THOMAS, K. W.; KILMANN, R. H., *Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*, Xicom, Inc., Tuxedo, New York, 1974.
- TWINING, W., "Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics", *Modern Law Review*, vol. 56, 1993.
- URY, W.; BRETT, J. M.; GOLDBERG, S. B., *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, Jossey-Bass, San Francisco, 1988.
- URY, W., *The power of a positive No: how to say No and still get to Yes*, Bantam Books, New York, 2007.
- WALTON, R. E., *A behavioral theory of labor negotiations: an analysis of a social interaction system*, 2^a ed, ILR Press, Ithaca, New York, 1993.
- WANIS-ST. JOHN, A., "Cultural pathways in negotiation and conflict management", en M. L. MOFFITT, R. C. BORDONE (eds.) *The handbook of dispute resolution*, first edition, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- WINSLADE, J.; MONK, G., *Narrative mediation: a new approach to conflict resolution*, Jossey-Bass, 2000.
- 曹光耀; 金权, "人民调解制度改革的不足与反思", 法治论丛, n° 5, 2003. (CAO, GUANGYAO; JIN, QUAN, "La deficiencia y reflexión de la reforma del sistema de Mediación Popular", *Revista Jurídica del Instituto de Cuadros Administrativos de Shanghai de Política y Derecho*, 5, 2003.)
- 长鸣, 人民调解故事集, 法律出版社, 1984. (CHANG, MING, *Historias de la Mediación Popular*, Editorial del Derecho, 1984.)
- 常怡 (ed.), 中国调解制度, 重庆出版社, 1990. (CHANG, YI (ed.), *Sistema Chino de Mediación*, Editorial de Chongqing, 1990.)
- 陈士珂, 孔子家语疏证, 上海书店, 1987. (CHEN, SHIKE, *Anotación de refranes de escuela confuciana*, Librería Shanghai, 1987.)
- 陈志新, "关于在发展人民调解制度之吸纳国外ADR成果的思考", 中国司法, n° 4, 2005. (CHEN, ZHIXIN, "Reflexiones sobre adoptar los logros extranjeros de los ADRs en el desarrollo del sistema de mediación popular", *Justicia de China*, 4, 2005.)
- 邓拓, 论中国历史的几个问题, 生活·读书·新知三联书店, 北京, 1979. (DENG, TUO, *Varias cuestiones sobre la historia china*, Librería Sanlian, Beijing, 1979.)
- 范晔, "仇览传", 后汉书, vol. 76, 中华书局, 1982. (FAN, YE, "Biografía de Qiu Lan", en *Libro de Han Posterior*, vol. 76, Zhonghua Book Company, 1982.)
- 范愉, "《中华人民共和国人民调解法》评析", 法学家, vol. 2, 2011. (FAN, YU, "Co-

- mentarios sobre la Ley de Mediación Popular de la República Popular China”, *El Jurista*, 2011.)
- 范愉, “社会转型中的人民调解制度 – 以上海市长宁区人民调解组织改革的经验为视点”, 中国司法, nº 10, 2004. (FAN, YU, “El sistema de mediación popular en una sociedad de transición – observando las experiencias de la reforma en las organizaciones de mediación popular del distrito de Changning de la ciudad de Shanghai”, *Justicia de China*, 10, 2004.)
- 范愉, “非诉讼程序法的建构 – 以《人民调解法》为例”, 载范愉等著: 多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建, 经济科学出版社, 北京, 2011. (FAN, YU, “La construcción legislativa en materias de ADRs – con el ejemplo de la Ley de Mediación Popular”, en FAN YU Y OTROS: *Mercanismo pluralista de resolución de disputas y construcción de una sociedad armoniosa*, Editorial de Ciencia Económica, Beijing, 2011.)
- 范愉, “纠纷解决与社会和谐”, 载范愉等著: 多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建, 经济科学出版社, 北京, 2011. (FAN, YU, “La resolución de disputas y la armonía social”, en FAN YU Y OTROS: *Mercanismo pluralista de resolución de disputas y construcción de una sociedad armoniosa*, Editorial de Ciencia Económica, Beijing, 2011.)
- 范愉, “调解的重构 – 以法院调解的改革为重点”, 法制与社会发展, 2, 3, 2004. (FAN, YU, “Reconstrucción de la mediación - enfoque en la reforma de la mediación intrajudicial”, *Sistema Jurídico y Desarrollo Social*, 2 y 3, 2004.)
- 费孝通, 乡土中国 生育制度, 北京大学出版社, 1998. (FEI, XIAOTONG, *China rural: sistema reproductivo*, Editorial de la Universidad de Beijing, 1998.)
- 韩延龙, “人民调解制度的形成和发展”, 中国法学, nº 3, 1987. (HAN, YANLONG, “Formación y desarrollo del sistema de mediación popular”, *Ciencias Jurídicas de China*, 3, 1987.)
- 韩延龙, “我国人民调解工作的三十年”, 法学研究, nº 2, 1981. (HAN, YANLONG, “Nuestros treinta años del trabajo de mediación popular”, *Investigación en Ciencias Jurídicas*, 2, 1981.)
- 海斯; 穆恩; 韦兰, 世界史, 三联书店, 1975. (HAYES, C. J. H.; MOON, P. T.; WAYLAND, J. W., *World history*, Joint Publishing, 1975.)
- 洪冬英, 当代中国调解制度变迁研究, 上海人民出版社, 上海, 2011. (HONG, DONGYING, *Estudio sobre los cambios del sistema de mediación de la contemporánea China*, Editorial Popular de Shanghai, Shanghai, 2011.)
- 江伟; 杨荣新 (eds.), 人民调解学概论, 法律出版社, 1990. (JIANG, WEI; YANG, RONGXIN (eds.), *Introducción a la mediación popular*, Editorial del Derecho, 1990.)
- 孔大充, 大地人文, 戰地圖書出版社, 1943. (KONG, DACHONG, *Humanidades de la Tierra*, Editorial de libros de Battlefield, 1943.)

- 李汉林, 中国单位社会: 议论、思考与研究, 上海人民出版社, 上海, 2004. (LI, HAN-LIN, *La sociedad china de unidades: argumentación, reflexión e investigación*, Editorial Popular de Shanghai, Shanghai, 2004.)
- 梁漱溟, 东西文化及其哲学, 上海人民出版社, 2006. (LIANG, SHUMING, *Cultura de Oriente-Occidente y sus filosofías*, Editorial Popular de Shanghai, 2006)
- 梁漱溟, 中国文化要义, 上海人民出版社, 2005. (LIANG, SHUMING, *Esencias de la cultura china*, Editorial Popular de Shanghai, 2005.)
- 林端, 儒家伦理与法律文化: 社会学观点的探索, 中国政法大学出版社, 北京, 2002. (LIN, DUAN, *Ética confuciana y cultura jurídica: una exploración desde el punto de vista sociológico*, Editorial de la Universidad China de Ciencias Políticas, Beijing, 2002.)
- 毛泽东, 关于正确处理人民内部矛盾的问题 (讲话稿), 一九五七年二月二十七日. (MAO, ZEDONG, Discurso sobre el Manejo Correcto de las Contradicciones entre el Pueblo, 27 de febrero de 1957.)
- 毛泽东, “从历史来看亚非拉人民斗争的前途 (一九六四年七月九日)”, 毛泽东文集 (第8卷), 人民出版社, 1999. (MAO, ZEDONG, “El futuro de la lucha de los pueblos de Asia y África desde un punto de vista histórico (9 de julio de 1964)”, en *Obras de Mao Zedong* (vol. 8), Editorial del Pueblo, 1999.)
- 潘度文, “我国民事诉讼调解制度的历史发展及其社会基础”, 中国青年政治学院学报, vol. 22, n° 1, 2003. (PAN, DUWEN, “Fundamentos sociales y desarrollos históricos de nuestro sistema de mediación en los procesos civiles”, *Journal of China Youth University of Political Studies*, vol. 22, 1, 2003.)
- 澎湃, 海丰农民运动, 作家出版社, 北京, 1960. (PENG, PAI, *Movimientos campesinos de Haifeng*, Editorial de los Escritores, Beijing, 1960.)
- 强世功, 调解、法制与现代性: 中国调解制度研究, 中国法制出版社, 2001. (QIANG, SHIGONG, *Mediación, ordenamiento jurídico y modernidad: investigación sobre el sistema chino de mediación*, Editorial del Ordenamiento Jurídico Chino, 2001.)
- 秦晖, “传统中华帝国的乡村基层控制: 汉唐间的乡村组织”, 载黄宗智主编: 中国乡村研究第一辑, 商务印书馆, 2003. (QIN, HUI, “Control sobre las comunidades rurales del imperio tradicional chino: organizaciones rurales durante las dinastías Han y Tang”, en HUANG ZONGZHI (ed.) *Estudios rurales de China* (I), Commercial Press, 2003.)
- 邱星美, 调解的回顾与展望, 中国政法大学出版社, 北京, 2013. (QIU, XINGMEI, *Mirando hacia atrás y futuro de la mediación*, Editorial de Universidad China de Ciencias Políticas, Beijing, 2013.)
- 司马迁, “五帝本纪”, 史记, 中华书局, 1982. (SIMA, QIAN, “Benji (Biografías) de los Cinco Emperadores”, en *Memorias Históricas*, Zhonghua Book Company, 1982.)

- 宋朝武, 调解立法研究, 中国政法大学出版社, 2008. (SONG, CHAOWU, *Estudios sobre la Legislación de Mediación*, Editorial de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho, 2008.)
- 宋明, “人民调解的正当性论证——民间纠纷解决机制的法社会学研究”, 山东大学学报 (哲学社会科学版), n° 3, 2008. (SONG, MING, “Sobre la justificación de la mediación popular - estudio sociológico y jurídico acerca del mecanismo de solución de controversias civiles”, *Revista de la Universidad de Shandong (Filosofía y Ciencias Sociales)*, 3, 2008.)
- 唐宝林 (ed.), 刘少奇与安源工人运动, 中国社会科学出版社, 1981. (TANG, BAOLIN (ed.), *Liu Shaoqi y movimientos obreros de Anyuan*, Editorial de Ciencias Sociales Chinas, 1981.)
- 王德新, “中国司法调解制度的历史传承与文化底蕴”, 美中法律评论, vol. 7, n° 12, 2010. (WANG, DEXIN, “Herencia histórica y cultural del sistema judicial de mediación en China”, *US-China Law Review*, vol. 7, 12, 2010.)
- 文敬, “加强人民调解工作的科学管理”, 法学, vol. 6, 1987. (WEN, JING, “Fortalecimiento de la gestión científica del trabajo de mediación popular”, *Ciencias Jurídicas*, 6, 1987.)
- 肖扬, “推进人民调解制度的完善”, 人民日报, 2002. (XIAO, YANG, “Promoción de la mejora del sistema de mediación popular”, *Diario del Pueblo*, 2002.)
- 徐盛萍, 人民调解制度研究, 北京师范大学出版社, 北京, 2016. (XU, SHENGPING, *Estudio sobre el sistema de mediación popular*, Editorial de la Universidad Normal de Beijing, Beijing, 2016.)
- 徐昕, “完善人民调解制度与构建和谐社会”, 中国司法, n° 4, 2006. (XU, XIN, “La mejora del sistema de mediación popular y la construcción de una sociedad armoniosa”, *Justicia de China*, 4, 2006.)
- 杨荣馨, “构建和谐社会呼唤调解法”, 法制日报, 2005. (YANG, RONGXIN, “La construcción de una sociedad armoniosa convoca a la mediación”, *Diario Legal*, 2005.)
- 叶左能; 蔡福谋, 海陆丰农民运动, 中共中央党校出版社, 北京, 1993. (YE, ZUONENG; CAI, FUMOU, *Movimientos campesinos de Hailufeng*, Editorial de Escuela del Partido del Comité Central del Partido Comunista de China, Beijing, 1993.)
- 张东荪, 民国学术文化名著: 理性与民主, 1, 岳麓书社, 2010. (ZHANG, DONGSUN, *Clásicos académicos y culturales de la República China: razón y democracia*, 1, Librería de Yuelu, 2010.)
- 张晋藩 (ed.), 中国民事诉讼制度史, 巴蜀书社, 1999. (ZHANG, JINFAN (ed.), *Historia del sistema china del procedimiento civil*, Editorial Bashu, 1999.)
- 张晋藩, “中国古代国情背景下的司法制度 (三)”, 人民法院报, 2010. (ZHANG, JINFAN, “Sistema jurídico bajo las condiciones de la antigua China (III)”, *Periódico del Tribunal Popular*, 2010.)

- 张晋藩, 中国法律的传统与近代转型, 法律出版社, 北京, 1997. (ZHANG, JINFAN, *Tradiciones y transformaciones modernas del Derecho chino*, Editorial Jurídico, Beijing, 1997.)
- 张希坡; 韩延龙 (eds.), 中国革命法制史 (上), 中国社会科学出版社, 1987. (ZHANG, XIPO; HAN, YANLONG (eds.), *Historias del sistema legal de la revolución china (I)*, Editorial de Ciencias Sociales Chinas, 1987.)
- 周望, “转型中的人民调解: 三个悖论”, 社会科学, n° 10, 2011. (ZHOU, WANG, “La mediación popular en transformación: tres paradojas”, *Ciencias Sociales*, 10, 2011.)
- 朱景文 (ed.), 中国人民大学中国法律发展报告2011 走向多元化的法律实施, 中国人民大学出版社, 北京, 2011. (ZHU, JINGWEN (ed.), *Informe de 2011 sobre el desarrollo del Derecho chino: hacia una aplicación pluralista del Derecho*, Editorial de Universidad Renmin de China, Beijing, 2011.)
- 朱新林, “人民调解: 衰落与复兴”, 河南财经政法大学学报, n° 4, 2012. (ZHU, XINLIN, “Sistema de Mediación Popular: decadencia y renacimiento”, *Revista de Universidad de Henan de Economía y Derecho*, 4, 2012.)
- 庄子, “《庄子·齐物论》”, 古书典故辞典, 江西人民出版社, 1984. (ZHUANGZI, “Libro de Zhuangzi”, en *Diccionario de alusiones y libros antiguos*, Editorial Popular de Jiangxi, 1984.)

NORMAS Y DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

长孙无忌等编修, 唐律疏议. (ZHANGSUN WUJI Y OTROS (eds), *Código de Tang*.)

Ley de Enjuiciamiento Civil de la República Popular China (prueba), aprobada y publicada el 8 de marzo de 1982 y entrada en vigor el primero de octubre de 1982.

Regulaciones Orgánicas del Comité de Mediación Popular, Consejo de Estado de la República Popular China, aprobadas el 5 de mayo de 1989 y entradas en vigor el 17 de junio de 1989.

Constitución de la República Popular China, aprobada y publicada el 4 de diciembre de 1982, con revisiones posteriores en 1988, 1993, 1999 y 2004.

Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre Fortalecer aún más el Trabajo de Mediación Popular durante el Nuevo Periodo, Tribunal Popular Supremo y Ministerio de Justicia de la República Popular China, 1 de enero de 2002.

Varias Disposiciones sobre el Juicio de los Casos Civiles relativos al Acuerdo de Mediación Popular, Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, aprobadas el 5 de septiembre de 2002 y entradas en vigor el primero de noviembre de 2002.

Varias Disposiciones sobre el Trabajo de Mediación Popular, Ministerio de Justicia de la República Popular China, aprobadas el 11 de septiembre de 2002 y entradas en vigor el primero de noviembre de 2002.

Opiniones Orientadoras del Tribunal Popular Supremo sobre la Implementación de 23 Medidas Específicas de la Justicia para el Pueblo, Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, 2 de diciembre de 2003.

Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre Varias Cuestiones relativas al Trabajo de Mediación Civil de los Tribunales Populares, Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, publicadas el 16 de septiembre de 2004 y entradas en vigor el primero de noviembre de 2004.

Decisión del Comité Central del Partido Comunista de China sobre Varias Cuestiones Importantes en la Construcción de la Sociedad Socialista Armoniosa, 11 de octubre de 2006, disponible en: http://news.xinhuanet.com/politics/2006-10/18/content_5218639.htm.

Opiniones del Tribunal Popular Supremo y del Ministerio de Justicia sobre el Fortalecimiento del Trabajo de la Mediación Popular bajo Nuevas Circunstancias, Tribunal Popular Supremo y Ministerio de Justicia de la República Popular China, 23 de agosto de 2007.

Ley de Mediación Popular de la República Popular China, publicada el 28 de agosto de 2010 y entrada en vigor el primero de enero de 2011.

中共中央编译局, 马克思恩格斯全集, vol. 8, 人民出版社, 北京, 1961. (OFICINA CENTRAL DE COMPILACIÓN Y TRADUCCIÓN, *Obras completas de Marx y Engels*, vol. 8, Editorial Popular, Beijing, 1961.)

中共浙江省委党史资料征集委员会; 中共萧山县委党史资料征集委员会 (eds.), 衙前农民运动, 中共党史资料出版社, 北京, 1987. (COMITÉ DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN DEL COMITÉ DEL PARTIDO Y COMITÉ PROVINCIAL DE ZHEJIANG DEL PARTIDO COMUNISTA CHINO; COMITÉ DE RECOLECCIÓN DE HISTORIAS DEL PARTIDO DEL COMITÉ DEL CONDADO DE XIAOSHAN DEL PARTIDO COMUNISTA CHINO (eds.), *Movimiento Campesino de Yaqian*, Editorial de Historias del Partido Comunista Chino, Beijing, 1987.)

法学教材编辑部; 民事诉讼法资料选编编选组 (eds.), “司法部关于加强人民调解委员会工作的通知 (1957年7月4日)”, 民事诉讼法资料选编, 法律出版社, 1987. (DEPARTAMENTO DE EDICIÓN DE LIBROS DE TEXTO DE DERECHO; GRUPO DE EDICIÓN DE SELECCIÓN MATERIAL DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL (eds.), “Comunicado del Ministerio de Justicia sobre el fortalecimiento del trabajo del Comité de Mediación Popular (4 de julio de 1957)”, en *Selección material de la Ley del Procedimiento Civil*, Editorial del Derecho, 1987.)

法学教材编辑部; 民事诉讼法资料选编编选组 (eds.), “王悦尘同志在第一次全国人民调解工作会议结束时的总结讲话 (1981年8月26日)”, 民事诉讼法资料选编, 法律出版社, 1987. (DEPARTAMENTO DE EDICIÓN DE LIBROS DE TEXTO DE DERECHO; GRUPO DE EDICIÓN DE SELECCIÓN MATERIAL DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL (eds.), “Comentarios finales de Wang Yuechen al final de la Primera Reunión Nacional del Trabajo de Mediación Popular (26 de agosto de 1981)”, en *Selección material de la Ley del Procedimiento Civil*, Editorial del Derecho, 1987.)

人民调解编辑部, “继承和发扬人民调解工作优良传统, 以优异成绩迎接新中国成立60周年”, 人民调解, n° 10, 2009. (DEPARTAMENTO DE EDICIÓN DE MEDIACIÓN POPULAR, “Heredar y llevar adelante las buenas tradiciones de mediación popular, con logros sobresalientes para saludar el 60 aniversario de la fundación de la Nueva China”, *Mediación Popular*, 10, 2009.)

《盘点人民调解法七大亮点》, 载新华网。 (Resumen de los siete aspectos más destacados de la Ley de Mediación Popular, disponible en: http://news.xinhuanet.com/politics/2010-08/28/c_12494162.htm.)

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), *Informal justice systems: charting a course for human rights-based engagement*, 2012.

ASOCIACIÓN JURÍDICA DE CHINA, *Informes Anuales sobre el Sistema Jurídico de China*, 2010-2015. Disponibles en: <https://www.chinalaw.org.cn/>.

WORLD JUSTICE PROJECT, *World Justice Project Rule of Law Index*, 2016. Disponible en: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/RoLI_Final-Digital_o.pdf.

WORLD BANK, *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. Washington, DC: World Bank. DOI: 10.1596/978-1-4648-0948-4. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO, 2017.